Simulierte und fiduciarische Rechtsgeschäfte nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Landes-Universität Rostock

vorgelegt von

Gustav Goldstaub,
Rechtsanwalt aus Rostock.

ACAD. LAND. BAT. BIBL.

Rostock,
H. Winterberg's Buchdruckerei
1903.

Seinen Eltern

in Dankbarkeit

Der Verfasser.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549207_0078

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung.

1. Simulierte Rechtsgeschäfte.

§ 1. Ihre juristische Natur.

§ 2. Ihre Nichtigkeit inbezug auf die simulierenden Kontrahenten selbst.

§ 3. Kann die Nichtigkeit von und gegen dritte geltend gemacht werden?

§ 4. Kann die Simulation auch gutgläubigen dritten gegenüber geltend gemacht werden?

§ 5. Schadensersatzpflicht.

2. Fiduciarische Rechtsgeschäfte.

§ 1. Ihre juristische Natur.

§ 2. Ihre Zulässigkeit überhaupt, ihre Wirksamkeit und Wirkungen im einzelnen.

§ 3. Ihr Verhältnis zu dem agere in fraudem legis.

§ 4. Die fiduciarische Eigentumsübertragung an Mobilien zum Zwecke der Sicherheit und die fiduciarische Cession insbesondere.

§ 5. Hat der Fiduciant ein Aussonderungsrecht im Konkurse des Fiduciars?

Litteratur.

Bähr, Urteile des Reichsgerichts.
Barthelmes, Das Handeln in fraudem legis.
Crome, BGB.
Cosack, BGB.
Dernburg, Pandekten 5. Aufl. und Bürgerliches Recht.
Denkschrift zum BGB.
Dreyer in Gruchots Beiträgen Bd. 40.
Dungs in Gruchots Beiträgen Bd. 32.
Enneccerus-Lehmann, BGB.
Endemann, BGB.
Forrer, Über Simulation u. Mentalreservation.
Fischer-Henle, BGB.
Goltz, Das fiduciarische Rechtsgeschäft.
Hellmann, BGB.
Hartmann in Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 20.
Hölder, BGB.
Haidlen, BGB.
Hellwig in Arch. f. civil. Prax. Bd. 64.
Kohler in Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 16 u. 28.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB.

Lang in Arch. f. civil. Prax. Bd. 83.
Leist, Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien.
Lilienthal in Deutsche Juristenzeitung Jahrgang 1902.
Linckelmann in Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 7.
Matthiass, BGB.
Motive zum BGB.
Neumann, BGB.
Oertmann, Die Fiducia.
Planck, BGB.
Protokolle zum BGB.
Reatz, BGB.
Regelsberger in Arch. f. civil. Praxis Bd. 64 und in Endemanns Handb. d. Handelsrechts Bd. 2.
Rehbein, BGB.
Savigny, System des röm. Rechts. Bd. 3.
Schultze in Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 43 und in Goldschmidts Zeitschrift f. Handelsrecht Bd. 52.
Stammler, Recht der Schuldverhältnisse.
Vogel, Mentalreservation u. Simulation.
Wienstein in Gruchots Beiträgen Bd. 46.
Wilutzky in Deutsche Juristenzeitung Jahrgang 1901 und in Juristische Wochenschrift Jahrgang 1901.
Windscheid in Arch. f. civil. Praxis Bd. 63.
Windscheid-Kipp, Pandekten.
Zitelmann in Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 16.

Einleitung.

Mit Recht konnte Kohler,[1] als er im Jahre 1878 seine Studien über die »Grenzscheide zwischen dem simulierten und verdeckten[2] Geschäft« begann, sagen, dass er sich auf ein »selten betretenes« Gebiet begebe. Nachdem er aber einmal mit jenen Untersuchungen die Anregung gegeben und, während bis dahin »sehr zum Nachteil einer richtigen Doktrin und einer exakten Praxis gewöhnlich beide Begriffe zusammengeworfen waren«, gezeigt hatte, dass die simulierten Rechtsgeschäfte streng von den fiduciarischen zu trennen seien, indem nämlich das Wesen der ersteren auf juristischem Boden ruhe, die Natur der letzteren sich dagegen aus einer Vermischung juristischer und wirtschaftlicher Momente erkläre, ist diese Frage oftmals und von den verschiedensten Seiten zum Gegenstande eingehender litterarischer Untersuchungen gemacht worden. Während

[1]) Jherings Jahrb. für Dogm. Bd. 16. S. 140.

[2]) Die von Kohler „verdeckte Geschäfte" genannten Rechtsgeschäfte wurden später von Regelsberger, Archiv f. civ. Prax. Bd. 63. S. 173, als „fiduciarische Rechtsgeschäfte" bezeichnet und haben sich unter diesem Namen allgemein in der Litteratur eingebürgert.

nun in den meisten dieser Untersuchungen im Anschluss an Kohler Einstimmigkeit darüber herrscht, dass in der That simulierte und fiduciarische Rechtsgeschäfte völlig verschiedenen Charakters seien, bestehen über die juristische Ausgestaltung der beiden Rechtsinstitute im einzelnen die grössten Meinungsverschiedenheiten. Diese im Rahmen des BGB. zu untersuchen, wie überhaupt die simulierten und fiduciarischen Rechtsgeschäfte nach dem BGB. darzustellen, soll die Aufgabe nachstehender Betrachtungen sein.

I. Simulierte Rechtsgeschäfte.

§ 1.

Ihre juristische Natur.

Die gemeinrechtlichen Theoretiker gehen in der Terminologie der »simulierten Rechtsgeschäfte« weit auseinander; Einverständnis herrscht nur insoweit, als man sie im Gegensatz zu den Rechtsgeschäften, bei welchen eine Divergenz zwischen Wille und Erklärung durch Irrtum, Täuschung oder Drohung hervorgerufen wird, wo also die Divergenz durch äussere, vom Willen des Erklärenden unabhängige Umstände entsteht, als Fälle der beabsichtigten Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung bezeichnet, als man ferner zwischen simulierten Rechtsgeschäften im engeren und weiteren Sinne unterscheidet und man endlich als Simulation im engeren Sinne, als den Fall der Simulation eine von den Parteien im gegenseitigen Einverständnis abgegebene Erklärung eines in Wirklichkeit nicht vorhandenen Willens in der Absicht, nach aussen den Schein eines Rechtsgeschäfts hervorzurufen, versteht.

Das BGB., welches den technischen Ausdruck »simuliertes Rechtsgeschäft« nicht kennt, dafür vielmehr die Bezeichnung »Scheingeschäft« eingeführt hat, behandelt darunter in wesentlicher Anlehnung an die oben angeführte gemeinrechtliche Definition der Simulation im engeren Sinne lediglich den Fall, dass »eine einem andern gegenüber abzugebende Willenserklärung mit dessen Einverständnis nur zum Scheine abgegeben wird.« (BGB. § 117). Von anderen Willenserklärungen, welche die gemeinrechtlichen Theoretiker gleichfalls unter den Begriff der Simulation im weiteren Sinne brachten, hat das BGB. zwar noch die sog. Mentalreservation und diejenigen Willenserklärungen, welche man bisher unter der Rubrik »Willenserklärungen zum Scherze, zum Unterricht, bei Gelegenheit einer dramatischen Aufführung etc.« zusammenfasste, geregelt (BGB. §§ 116, 118);[3] es hat sie aber nicht unter den Begriff »Scheingeschäfte« subsumiert. Beide Fälle scheiden mithin aus dem Rahmen unserer Betrachtung aus.

Das Charakteristische des Scheingeschäfts[4] nach dem BGB. besteht darin, dass nicht eine Täuschung des anderen Teils beabsichtigt ist, dass vielmehr zwischen den Parteien Einverständnis darüber herrscht, dass etwas, was in Wirklichkeit nicht gewollt ist, als

[3]) Völlig unbekannt sind dem BGB. die -- z. B. von Forrer, Über Simulation und Mentabreservation S. 15, ebenfalls zu den Scheingeschäften im weiteren Sinne gerechneten -- als Rechtsformen dienenden sog. typischen Scheingeschäfte, wie im alten römischen Rechte die mancipatio nummo uno und die in jure cessio.

[4]) Die Bezeichnungen „Scheingeschäft“ und „simuliertes Geschäft“ werden fortan gleichbedeutend gebraucht.

gewollt erklärt und die Erklärung deshalb abgegeben wird, damit das Erklärte von dritten als gewollt betrachtet werde. In der Regel wird dies Einverständnis in der Weise zustande kommen, dass die Parteien, bevor sie die Scheinhandlung vornehmen, eine ausdrückliche Verabredung treffen; es ist aber auch sehr wohl möglich, dass sie stillschweigend im Einverständnis sind. Ob man hierbei, wie manche[5] es thun, den Unterschied zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärungen darin findet, dass bei den ersteren der Wille durch Wort oder Schrift erklärt, bei den letzteren durch Willenszeichen, z. B. Gebärden, zum Ausdruck gebracht wird, oder ob man, wie andere[6] es für richtig halten, so unterscheiden will, dass eine ausdrückliche (direkte) Willenserklärung durch »ein Verhalten (Worte Handlungen) erfolgt, das sich direkt auf die Erklärung dieses Willens richtet, die Erklärung dieses Willens also zum nächsten Zweck hat[7]«, eine stillschweigende (indirekte) Willenserklärung dagegen vorliegt, wenn »die Worte oder Handlungen zunächst einen anderen Zweck verfolgen, aus ihnen aber doch auf den Geschäftswillen geschlossen werden kann[7]«, inbezug auf das innere Verhältnis der Parteien gleichgültig; in beiden Fällen kann ihr Einverständnis »stillschweigend« zustande kommen. Von Bedeutung aber wird die gemachte Unterscheidung bei der Frage, ob

[5]) Reatz, BGB. S. 84; Hellmann, BGB. § 84.

[6]) Enneccerus – Lehmann, BGB. Bd. I. S. 172; Crome, BGB. Bd. I. §. 86; Planck, BGB. Bd. I. S. 162; für das gemeine Recht: Windscheid, Arch. f. civ. Prax. Bd. 63. S. 75. ff; Wächter, Pand. Bd. II. S. 734; Brinz, Pand. 2. Aufl. Bd. IV. § 564 u. a.

[7]) Enneccerus – Lehmann, a. a. O. S. 172.

das Scheingeschäft selbst auch stillschweigend erfolgen könne. Schliesst man sich nämlich der ersten Theorie an, so muss man diese Möglichkeit ohne weiteres bejahen; steht man dagegen auf dem Boden der zweiten Lehre, so ist das Gegenteil der Fall. Denn da zum Begriff des Scheingeschäfts gehört, dass die Parteien wollen, es solle das Erklärte von dritten als ihr wirklicher Wille betrachtet werden, so muss ihr Verhalten die Erklärung dieses Willens, sei es durch Worte oder Handlungen, »bezwecken«, und es liegt damit stets eine ausdrückliche Willenserklärung im Sinne dieser zweiten Lehre vor.

Der Umstand, dass beim Scheingeschäfte zwischen den Parteien Einverständnis darüber herrscht, dass die Willenserklärung nur zum Schein erfolgt, und dass die Täuschung dritter bezweckt wird, unterscheidet dasselbe von der Mentalreservation, und zwar auch dem mit ihm oft verwechselten Fall der zweiseitigen Mentalreservation (BGB. § 116 Satz 2). Auch hier wird eine in Wirklichkeit nicht gewollte Erklärung als gewollt abgegeben, auch hier wissen beide Parteien, dass das Erklärte nicht gewollt ist; nur sind sie eben hierüber nicht im Einverständnis, und es richtet sich der (vermeintliche) geheime Vorbehalt anders wie bei dem Scheingeschäft, das notwendig die Kenntnis des andern Teils voraussetzt, nicht gegen dritte, sondern gegen den Empfänger.

Unrichtig ist es, wenn manche behaupten, es liege in dieser beim Scheingeschäft vorhandenen Täuschung dritter ohne weiteres ein rechtswidriges Handeln oder

gar eine Schädigungsabsicht; es ist vielmehr richtig, wenn es in den Quellen heisst: »posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per ejusmodi simulationem deserviant et tuentur vel sua vel aliena«[8], und man muss Savigny[9] beistimmen, wenn er sagt: »In den meisten Fällen dieser Art wird eine schlechte, unredliche Absicht zugrunde liegen, keineswegs in allen«, oder Hartmann[10], welcher ausführt: »Vor allem wäre ja die Annahme ganz unrichtig, dass in dem wissentlichen und vorbedachten Abweichen des äusserlich Erklärten von dem innerlich Beabsichtigten stets ein doloses Gebahren enthalten sei, welches die juristische Beurteilung der Fälle eigentümlich beeinflussen müsse.« Auch Kuhlenbeck[11] spricht sich in diesem Sinne aus und führt als Beispiel dafür, dass die Absicht sehr wohl auch auf etwas durchaus Erlaubtes gehen könne, den Fall an, dass ein Scheingeschäft lediglich deshalb abgeschlossen werde, um »den wahren Sachverhalt vor der unberufenen Neugierde dritter sicher zu stellen.«

Zum Wesen des simulierten Geschäfts gehört ferner, dass es sich um eine Erklärung, welche »einem anderen gegenüber abzugeben ist«, um eine sog. empfangsbedürftige Willenserklärung handelt. Das BGB. sagt indess nur in einigen Fällen ausdrücklich, wann eine Erklärung einem anderen gegenüber abzugeben

---

[8]) l. 1 § 2 D. de dolo malo 4, 3.
[9]) System Bd. III S. 262.
[10]) Jherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 20. S. 9.
[11]) Von den Pand. zum BGB. Bd. I S. 398.

ist; es ergiebt sich aber als allgemeines Princip,[12] dass eine empfangsbedürftige Willenserklärung stets dann vorliegt, wenn, um es zu einer »verbindlichen Setzung des rechtsgeschäftlichen Willens[13]« zu bringen, sie einem bestimmten dritten gegenüber abgegeben sein muss, wenn ein bestimmter Destinatär (Adressat, Empfänger) vorhanden ist, dessen Rechtssphäre durch die Willenserklärungen berührt wird.[14] Es gehören daher vor allem hierher alle zweiseitigen Willenserklärungen, alias Verträge, aber auch die meisten einseitigen, d. h. in der Erklärung einer Person bestehenden Rechtsgeschäfte, insbesondere Mahnung, Kündigung, Erklärung der Aufrechnung, Rücktritt vom Vertrage. Ob diese Erklärungen der Gegenpartei formlos zugehen können, oder ob sie schriftlich erfolgen müssen, oder ob endlich gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorgeschrieben

[12]) vgl. hierzu Endemann, BGB. Bd. I S. 274. ff; Cosack, BGB. Bd. I. S. 152; Matthiass, BGB. Bd. I. S. 183 ff.

[13]) Endemann a. a. O. Bd. I. S. 274.

[14]) Es ist daher ein Widerspruch, wenn Endemann a. a. O. Bd. I S. 282 Anm. die Frage, ob das eigenhändige Testament (BGB. §. 2231 No. 2) empfangsbedürftig sei, verneint, „weil es sich dabei nicht um die Schaffung von Rechtsbeziehungen und Wirkungen mit einem andern Rechtssubjekt handelt, sondern um eine beliebig widerrufliche, interne Beziehung über das eigene Vermögen," und gleichwohl a. a. O. Bd. III. S. 202 es für „denkbar" hält, dass ein Testament nur zum Schein errichtet wird." Man muss vielmehr, hält man wie wir die Endemann'sche Ansicht über die nichtempfangsbedürftige Natur des Testaments für richtig, mit Enneccerus - Lehmann a. a. O. Bd. II S. 775 und Matthiass a. a. O. Bd. II S. 419 die Möglichkeit der Simulation bei testamentarischen Verfügungen, und zwar gilt das auch (vgl. weiter unten im Text) für das öffentliche Testament (BGB. § 2231 No. 1), verneinen.

ist, ist gleichgültig, da ihnen durch die besondere Form, in der sie erfolgen, die oben festgestellten charakteristischen Merkmale der empfangsbedürftigen Willenserklärungen natürlich nicht genommen werden. Zweifelhaft aber kann die Rechtslage sein, wenn das BGB. vorschreibt, dass eine Willenserklärung einem anderen oder einer Behörde gegenüber[15] oder lediglich einer Behörde gegenüber[16] oder endlich vor einer Behörde[17] vorzunehmen ist. Gemeinsam ist allen diesen Fällen, dass die Behörde völlig unbeteiligt an der Willenserklärung, dass sie nicht Destinatär in dem oben auseinandergesetzten Sinne ist,[18] und es ergiebt sich daraus, dass bei Kollusion einer Partei oder auch beider Parteien lediglich mit der Behörde doch niemals ein Scheingeschäft vorliegen kann. Wohl aber finden diesfalls, und zwar gleichgültig, ob es sich um empfangsbedürftige oder nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen handelt, die Regeln über einseitige bezw. zweiseitige Mentalreservation (BGB. § 116 Satz 1 u. 2) Anwendung.[19] Ist dagegen ein Destinatär vorhanden und wird mit dessen Einverständnis die Erklärung der Behörde gegenüber bezw. vor der Behörde nur zum Schein abgegeben, so liegt wiederum ein Scheingeschäft vor. Denn handelt es sich hier um eine Erklärung vor der Behörde, so ist deren Mitwirkung nur »Form-

---

[15]) z. B. BGB. §§ 875, 876, 1168, 1180, 1726, 1748.
[16]) z. B. BGB. §§ 928, 976, 1577, 1662, 1945, 2202.
[17]) z. B. BGB. §§ 925, 1317, 2231 No. 1.
[18]) a. A. Matthiass a. a. O. Bd. I S. 211.
[19]) Vergl. Vogel, Mentalreservation u. Simulation S. 18.

erfordernis,«[20] und es ist mithin die Sachlage dieselbe wie oben bei der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung; und ist die Erklärung gegenüber der Behörde vorgenommen, so ist sie, da »die gesetzliche Form hier die sonst durch das Zugehen bewirkte rechtsgeschäftliche Bindung ersetzt, sobald sie der Behörde gegenüber abgegeben ist, ebenso zu behandeln, wie eine zugegangene (BGB. § 130 Abs. 3)«[21]. — Im übrigen ist es, wie z. B. inbezug auf testamentarische Verfügungen bereits erwähnt, oftmals streitig, ob eine Willenserklärung zu den empfangsbedürftigen zu zählen ist oder nicht. Die Unterscheidung selbst aber ist wegen der verschiedenen Wirkung der Simulation und Mentalreservation von der grössten praktischen Bedeutung.

§ 2.

Ihre Nichtigkeit inbezug auf die simulierenden Kontrahenten selbst.

Schon im gemeinen Recht herrschte Einstimmigkeit darüber, dass das simulierte Rechtsgeschäft in seiner unmittelbaren Beziehung auf die Kontrahenten selbst nichtig sei; dagegen gingen über den Grund der Nichtigkeit die Ansichten weit auseinander.[22]

---

[20]) Endemann a. a. O. Bd. I. S. 283.

[21]) Endemann a. a. O. Bd. I. S. 283.

[22]) Es sind vor allem zwei Richtungen zu erwähnen: a) die Vertreter der Erklärungstheorie, wie Röver, Über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen; Schlossmann, Der Vertrag; Kohler a. a. O. S. 91. ff. u. a. Indem diese von der Gesamtheit der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen ausgehen

Das BGB., welches — freilich nicht ohne Ausnahmen — die Willenstheorie zur Geltung gebracht hat, erklärt gleichfalls ganz allgemein das simulierte Rechtsgeschäft für nichtig.[23] Als Grund der Nichtigkeit

---

und diese in ihrer Totalität als Erklärung auffassen, argumentieren sie, dass „einer Erklärung, welche selbst besagt, dass sie keine rechtliche Wirkung haben wolle, eine solche natürlich auch vom Rechte nicht beigelegt ist" (Röver a. a. O. S. 58), dass „überhaupt keine rechtsschöpferische Willenserklärung geäussert worden ist" (Kohler a. a. O. S. 100), und finden so die Nichtigkeit schon in der eigentümlich gearteten Erklärung begründet. b) Die Anhänger der Willenstheorie, insbesondere Windscheid Kipp, Pand. Bd. I § 75; Dernburg, Pand. Bd. I § 100; Mommsen Erörterungen II. S. 100; Regelsberger in Endemanns Handbuch Bd. II S. 402; Scheiff, Die Divergenz zwischen Wille und Erklärung S. 25. Diese, denen auch wir uns anschliessen, erblicken den Inhalt der Erklärung lediglich in dem zur Kenntnis dritter gebrachten Teil ihrer Gesamtverabredung, in dem „Stück, welches die Parteien dritten kundzugeben belieben," (Kohler a. a. O. S. 98), halten somit eine Discrepanz zwischen Wille und Erklärung für vorliegend und erklären die Nichtigkeit durch diesen Willensmangel. -- Einen ähnlichen Standpunkt nimmt auch Zitelmann in Jherings Jahrb. für Dogm. Bd. 16. S. 404 ein, welcher zwar in Übereinstimmung mit der Erklärungstheorie die gesamten Verabredungen als Inhalt der Erklärung betrachtet, nun aber doch vom Boden der Willenstheorie aus die Nichtigkeit darin begründet sieht, dass der Wille der Kontrahenten auf diesen gesamten Inhalt, d. h. auf Null, gerichtet ist.

[23]) Die einzige Ausnahme, welche das BGB. von dem Principe der Nichtigkeit des simulierten Rechtsgeschäfts macht, betrifft die Eheschliessung. Ist eine solche simuliert worden, d. h. sind zwei Personen eine Ehe „in der gehörigen Form, aber in dem Einverständnis eingegangen, dass es in Wahrheit keine Ehe sein solle" (Enneccerus -- Lehmann a. a. O. Bd. I S. 162), so ist diese gleichwohl vollgültig (argumentum §§ 1323, 1330 BGB.). Im gemeinen Recht war auch dies bestritten (vgl Dernburg a. a. O. Bd. I S. 236 Anm. 7; Kohler in Jherings Jahrb. Bd. 28. S. 166 ff.). Eine zweite Ausnahme, nach der alle simulierten Willenserklärungen vor öffentlichen Behörden

führen die Motive[24] — eben vom Standpunkte der Willenstheorie aus — an: »Das in dem Scheinakt als gewollt Erklärte ist ausgedrücktermassen und im Einverständnis mit demjenigen, an welchen die Erklärung gerichtet ist, nicht gewollt. Die Nichtigkeit ergiebt sich schon aus dem Grundsatz, dass an sich nur der wahre Wille rechtserzeugende Kraft hat.«

Darnach steht — und das wird allgemein anerkannt — zum mindesten ausser allem Zweifel, dass das Scheingeschäft unter den Parteien nichtig ist. In ihrem gegenseitigen Verhältnisse treten keinerlei Rechtsänderungen ein. Ist insbesondere auf Grund einer simulierten Cession eine Forderung übertragen worden, so ist der Scheincessionar nicht Gläubiger geworden, ist auf Grund simulierter Verzichterklärung auf einen Anspruch verzichtet worden, so ist die Schuld nicht erloschen, ist auf Grund simulierten Kaufgeschäfts eine bewegliche Sache übergeben worden, so ist kein Eigentum übergegangen. Dasselbe ist nach den oben S. 16 gemachten Auseinandersetzungen der Fall, wenn, um nur einen Fall beispielsweise anzuführen, die zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke nach

---

etc, sobald es sich um einen „selbständigen, von dem Parteigeschäft gesonderten Akt" handelt, gültig sein sollen (vgl. Matthiass a. a. O. Bd. I S. 211; Hölder, BGB. zu § 117 S. 255), findet keine Stütze im Gesetze und ist deshalb zu verneinen (vgl. Motive Bd. I S. 193, wo es heisst: „Allgemein die vor staatlichen Organen vorgenommenen bezw. die öffentlich beurkundeten Scheingeschäfte als gültig zu behandeln, würde zu weit führen," und zu den Ausführungen von Matthiass oben S. 13. ff).

[24]) Bd. I S. 192.

§ 873 BGB. erforderliche, nach § 925 BCB. vor dem Grundbuchamt zu erklärende Einigung im Einverständnisse der Parteien nur zum Schein erfolgt ist.[25]

Welcher Art die Willenserklärung ist, macht hinsichtlich der Nichtigkeit keinen Unterschied. So ist es insbesondere nicht erforderlich, dass es sich um eine Willenserklärung auf vermögensrechtlichem Gebiet handelt; es ist vielmehr z. B. eine simulierte Adoption in derselben Weise nichtig und vermag nicht die mit ihr sonst verbundenen Rechtswirkungen (Änderung des Familiennamens, Erbrecht des Adoptierten etc.) hervorzubringen. Weiter ist auch ein simuliertes Zugeständnis oder Anerkenntnis vor Gericht und ebenso ein auf Grund eines solchen etwa ergangenes Urteil nichtig.

Würde eine Partei dennoch auf Grund des Scheingeschäfts irgendwelche Rechte gegen die andere geltend machen, so kann sich diese, sei es durch Klage (auch Feststellungsklage) oder Einrede, auf die Simulation

---

[25]) Anders dagegen, wenn die Einigungserklärung des einen oder auch beider Contrahenten über den Eintritt der Rechtsänderung lediglich mit Einverständnis des Grundbuchbeamten zum Schein abgegeben ist. Hier würde, da es sich um Mentalreservation handelt, die Einigung gültig sein und Eigentum übergehen (BGB. § 116 Satz 1). Dasselbe Resultat wie oben aber würde wieder eintreten, wenn bei einseitiger Mentalreservation der andere, bei zweiseitiger ein bezw. jeder Teil den (vermeintlich) geheimen Vorbehalt des andern kennt (BGB. § 116 Satz 2).

[26]) vgl. Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. I S. 426.

berufen und so den der materiellen Rechtslage entsprechenden Zustand (z. B. wenn eine bewegliche Sache übergeben ist, deren Rückgabe) wieder herbeiführen bezw. einen ungerechtfertigten Anspruch zurückweisen.

§ 3.

Kann die Nichtigkeit von und gegen dritte geltend gemacht werden?

Wir haben gesehen, dass das simulierte Rechtsgeschäft im Verhältnis der Kontrahenten zu einander keinerlei Rechtswirkung hervorruft. Von bei weitem grösserer praktischer Bedeutung aber ist die Frage, welche Wirkung ein solches Scheingeschäft nach aussen hin erzeugt, welche Stellung zu ihm dritte, und zwar einmal an dem simulierten Rechtsgeschäfte nicht beteiligte dritte und zum andern »gutgläubige dritte«, einnehmen. Hier soll zunächst nur von den ersteren die Rede sein.

»Nichts scheint einfacher«, sagt Regelsberger[27] in dieser Beziehung, »als die Antwort auf die Frage, ob der Schuldner berechtigt sei, dem Cessionar die Simulation der Cession entgegenzuhalten. Das simulierte Rechtsgeschäft erzeugt anerkanntermassen die rechtlichen Wirkungen nicht, worauf es seiner äusseren Erscheinung nach gerichtet ist. Daher leugnet der Schuldner mit der Behauptung, das dem Anspruch des Klägers zugrunde liegende Cessionsgeschäft beruhe auf

---

[27]) Arch. f. civil. Prax. Bd. 63. S. 167.

Simulation, den Übergang der Forderung auf den Kläger und damit dessen Recht zur Klage.«

Verallgemeinern wir den hierin liegenden richtigen Grundgedanken, so ergiebt sich als logische Konsequenz der Nichtigkeit des Scheingeschäfts, dass dieselbe von und gegen dritte geltend gemacht werden kann. Das letztere ist denn auch, soviel wir sehen, nie angezweifelt worden; dagegen hat man dem dritten nur mit den verschiedenartigsten Einschränkungen die Berufung auf Simulation zugestanden.

Auf den ersteren Gesichtspunkt soll darum auch nicht näher eingegangen und nur beispielsweise angeführt werden, dass, falls ein Gläubiger, welcher eine Scheincession vorgenommen hat, die Forderung gleichwohl demnächst einklagt, der Schuldner ihm aber die Cession entgegenhält, er sich zweifellos replicando auf die Simulation berufen kann, auf diese Weise den Einwand des Schuldners zurückschlägt und so mit seinem Anspruch durchdringen muss.[28] Auch mag noch eine recht instruktive Entscheidung in Seuff. Arch. Bd. 31 No. 201 herangezogen werden. Hier war bei einem Kaufgeschäfte, das durch einen Makler vermittelt war, der Kaufpreis simulierterweise höher angegeben worden als er in Wirklichkeit vereinbart war; gleichwohl wollte der Makler, welcher die Simulation kannte, seine Maklergebühr nach dem simulierten höheren Preise berechnet wissen. Es wurde, als der Beklagte sich auf

---

[28]) Von dem besonderen Fall des § 409 BGB. ist hier zunächst abgesehen.

Simulation berief, diesem Einwand mit Recht stattgegeben und der wirklich vereinbarte Kaufpreis als ausschlaggebend auch für den Makler angesehen; denn »die Meinung, als könne dieser Rechtssatz (sc. »plus valet quod actum quam quod simulate conceptum est«) keine Anwendung finden, wenn das Rechtsgeschäft, soweit es sich als simuliert darstelle, nicht vorerst als rescissibel von einem Kontrahenten angefochten sei, widerlege sich durch die Erwägung, dass hier keineswegs blos ein der Anfechtung unterliegendes rescissibles Rechtsgeschäft dritter in Frage stehe, welches zu Recht fortbestehe, wenn und solange die zur Anfechtung befugte Person das Geschäft in seinen Wirkungen fortbestehen lasse, sondern dass es sich hier um eine Angabe handle, die eine simulierte, also an sich absolut nichtige sei und weder die Kontrahenten selbst binde noch gegen dritte wirke.«

Dagegen muss die Frage, ob dritte sich allgemein auf Simulation berufen können, eingehend erörtert werden.

In dieser Beziehung heisst es in den Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 4 S. 253: »Zwar nicht jedem kann es gestattet sein, ein zwischen anderen Personen vereinbartes Scheingeschäft anzufechten. Voraussetzung ist immer, dass der Anfechtende ein eigenes wirkliches Interesse bei der Anfechtung hat«, Bd. 30 S. 51: »Der Einwand, dass der Inhaber (sc. von auf den Inhaber

lautenden Aktien) nicht Eigentümer der in seinem Gewahrsam befindlichen Aktien sei, steht der Anfechtungsklage regelmässig nicht entgegen« und Seuff. Arch. Bd. 12 No. 337: »Die Frage, ob das zwischen dem Cedenten und dem Cessionar abgeschlossene Rechtsgeschäft gültig sei, könne der Schuldner schon darum nicht erheben, weil er über den Willen der Kontrahenten nicht verfügen könne und darum abwarten müsse, ob sie das an sich etwa ungültige Geschäft dennoch aufrecht erhalten wollen, freilich vorausgesetzt, dass der Grund der Anfechtbarkeit des Vertrags sich innerhalb des Rechtsverhältnisses zwischen den Paciscenten finde.«[29]

Die letztere Begründung ist jedenfalls unrichtig, wenn sie sich auch auf Simulation beziehen soll; denn hier greift der Schuldner nicht, wie es etwa bei dem blos anfechtbaren Rechtsgeschäft der Fall sein würde, in die Willensfreiheit der Kontrahenten ein, er macht vielmehr eine Rechtslage geltend, die völlig unabhängig von deren Willen besteht.[30] Im übrigen aber ist Regelsberger[31] beizustimmen, wenn er sagt, es sei »petitio principii, dass die Frage, ob das vom Cessionar für seine Forderungsberechtigung angezogene Übertragungsgeschäft ein ernstlicher Willensakt war, den Schuldner nichts angehe,« und jedenfalls für das simulierte Rechtsgeschäft »ohne jeden rechtsgeschäftlichen

---

[29]) vgl. auch noch Seuff. Arch. Bd. 22 No. 34, Bd. 25. No. 124, Bd. 44 No. 17.

[30]) vgl. auch Seuff. Arch. Bd. 31 No. 201, oben S. 22. ff.

[31]) Arch. f. civil. Prax. Bd. 63 S. 169 ff.

Willen unrichtig«[32], denn »der Einwand der Simulation enthält hier im Grunde eine Leugnung der Klageberechtigung, nämlich die Behauptung nicht blos: »Du bist nicht Gläubiger«, sondern schlechthin: »Du hast kein Recht zur Klage.«[33]

Der Praxis des Reichsgerichts haben sich angeschlossen Endemann[34], Kuhlenbeck,[35] Dernburg,[36] Rehbein.[37] Von den letzteren beiden werden zwei neue Gründe für die Richtigkeit der Ansicht, dass zur Geltendmachung der Nichtigkeit von seiten eines dritten ein berechtigtes Interesse erforderlich sei, ins Treffen geführt. Sie operieren nämlich mit der Analogie aus § 894 BGB. und §§ 100, 113 ff. des Gesetzes, betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 24. März 1897. Mag aber auch in dem ersten Fall nur derjenige, dessen Recht nicht oder nicht richtig eingetragen oder durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung beeinträchtigt ist, die Berichtigung des Grundbuches durchsetzen können, und mag auch im Verteilungsverfahren ein Gläubiger die Nichtberücksichtigung einer selbst simulierten Forderung erst dann geltend machen können, wenn er selbst andernfalls beeinträchtigt würde, so be-

[32]) Regelsberger stellt mit Recht im Gegensatz hierzu die Scheincession mit dissimulierter Vollmacht und die fiduciarische Cession; vgl. a. a. O. S. 176. ff. und weiter unten bei den fiduciarischen Rechtsgeschäften.

[33]) a. a. O. S. 175.

[34]) a. a. O. Bd. I S. 299.

[35]) a. a. O. Bd. I S. 396.

[36]) a. a. O. Bd. I S. 235 und Bürgerl. Recht Bd. I S. 427.

[37]) BGB. Bd. I S. 131.

rechtigt doch nichts dazu, die für diese beiden Fälle aufgestellten Grundsätze als generelle Regel auf die Simulation zu übertragen. Es sind dies vielmehr einzelne Fälle, für die aus besonderen Gründen Ausnahmevorschriften statuiert sind, und es ist deshalb nach dem bekannten Rechtssatz »jus singulare non est producendum ad consequentias« unzulässig, zu argumentieren, dass, »weil das Recht praktische Zwecke verfolge, die Voraussetzung eines berechtigten Interesses an der Beseitigung des simulierten Rechtsgeschäfts für alle Fälle, nicht blos für das Verteilungsverfahren gelte.«[38]

Sind so einerseits die von der Gegenseite angeführten Gründe nicht stichhaltig, eine Ausnahme von der allgemeinen Regel, dass »das nichtige Rechtsgeschäft, weil rechtlich nicht vorhanden, für und gegen niemand Wirkung übe und sich daher jeder jedem gegenüber auf die Nichtigkeit berufen könne«[39], zu rechtfertigen, so wird anderseits unsere Ansicht noch unterstützt durch die Motive und die Denkschrift zum BGB., indem es in beiden ohne irgend einen beschränkenden Zusatz heisst: »Die Nichtigkeit des Scheingeschäfts kann sowohl von den Parteien unter einander als auch gegenüber und von dritten geltend gemacht werden«[40], bezw.: »Die Nichtigkeit des Scheingeschäfts kann von den Parteien sowohl gegen einander als auch

[38]) Rehbein a. a. O. Bd. I S. 131.
[39]) Enneccerus – Lehmann, a. a. O. Bd. I S. 270.
[40]) Motive Bd. I S. 193.

gegenüber dritten geltend gemacht werden; nicht minder können sich dritte darauf berufen«.[41]

Wir kommen mithin in Übereinstimmung mit Regelsberger, Dreyer,[42] Neumann,[43] Matthiass,[44] Haidlen[45] zu dem Schluss, dass auch dritten die Geltendmachung des simulierten Geschäfts ohne Vorliegen eines berechtigten Interesses zusteht.[46]

§ 4.

Kann die Nichtigkeit auch gutgläubigen dritten gegenüber geltend gemacht werden?

»Man wird nicht vergessen dürfen«, sagt Windscheid,[47] nachdem er die Begünstigung des guten Glaubens im Verkehr zwar im Prinzip als richtig anerkannt, sie aber andrerseits ein »zweischneidiges Schwert« genannt hat, »dass man, was man mit der einen Hand giebt, mit der anderen nimmt. Gewiss ist es für denjenigen, welcher erwerben soll, sehr angenehm, wenn er erwirbt, trotzdem dass eine Thatsache, welche seinen Erwerb rechtfertigen würde, nicht vorhanden ist, blos deswegen, weil er in gutem Glauben angenommen hat, sie sei vorhanden. Aber in gleichem Masse ist es für denjenigen, welcher durch den Erwerb des andern verliert, empfindlich, wenn er verliert, obgleich eine seinen Verlust rechtfertigende Thatsache nicht vorhanden ist.«

---

[41]) Denkschrift S. 31.
[42]) Gruchots Beiträge Bd. 40 S. 460.
[43]) BGB. Bd. I zu § 117 S. 54.
[44]) a. a. O. Bd. I S. 210.
[45]) BGB. Bd. I S. 135.
[46]) Üb. d. besonderen Fall des § 409. BGB. vgl. unten S. 33, 34.
[47]) a. a. O. S. 79.

Von denselben Grundsätzen ausgehend hat auch das BGB. eine allgemeine Ausnahme von der Nichtigkeit des simulierten Rechtsgeschäfts zu gunsten gutgläubiger dritter nicht aufgestellt und dies in den Protokollen[48] damit begründet, dass »ein Verkehrsbedürfnis für eine derartige Vorschrift nicht anerkannt werden könne«, und dass es »zu einer so weittragenden Fürsorge zu gunsten jedes dritten bei dem Scheingeschäft an einem inneren Grunde fehle.« Man muss demnach die Frage, ob die Simulation auch gutgläubigen dritten gegenüber geltend gemacht werden könne, als weitere Konsequenz der absoluten Nichtigkeit des Scheingeschäfts im Prinzipe bejahen, und das wird auch ganz allgemein in der Litteratur des BGB. anerkannt.[49] Damit ist aber natürlich nicht gesagt, dass der gutgläubige dritte in keinem Falle Schutz geniesst; es

---

[48]) Bd. I S. 97.

[49]) Im gemeinen Recht herrschte auch über diese Frage grosser Streit unter den Gelehrten. Die meisten (so Hartmann a. a. O. S. 3. ff; Kohler a a. O. S. 128; Mommsen a. a. O. Bd. II S. 100; Regelsberger in Endemanns Handbuch Bd. II S. 408), Anhänger der sog. Vertrauenstheorie, verneinen sie und begründen ihre Theorie, indem sie bald von der bona fides des dritten, bald von der culpa des Simulanten, bald von beiden Gesichtspunkten ausgehen, mit der „Verkehrssicherheit," mit dem „zwingenden Rechtsgefühl," mit der „Natur der Sache," mit analogen Quellenstellen betreffend die Stellvertretung bezw. Vollmachtserteilung etc. Gegen sie wenden sich mit Recht Lotmar in Kritische Vierteljahrsschritt Bd. 25 S 397; Windscheid, a. a. O. S. 78 ff; Forrer a. a. O. S. 44 ff, betonen, dass nach römischem Recht auch gutgläubigen dritten die Simulation entgegengehalten werden könne, und machen hiervon nur für den einen Fall eine Ausnahme, dass sie circumscribendi alterius causa geschah.

ist vielmehr in dieser Hinsicht an den einzelnen Stellen des BGB. durch besondere Vorschriften gesorgt, und es sind daher diese im folgenden einer Besprechung zu unterziehen.[50]

Vor allem sind in dieser Beziehung als von der grössten praktischen Bedeutung zu erwähnen die Bestimmungen der §§ 932 ff. BGB. über den Erwerb beweglicher Sachen seitens gutgläubiger dritter. Nach diesen Bestimmungen wird derjenige, welcher eine bewegliche Sache vom Scheineigentümer erwirbt und übergeben erhält, Eigentümer,[51] es sei denn dass er zur Zeit der Übergabe nicht in gutem Glauben war, d. h. die Simulation kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen musste). War der Erwerber bereits im Besitze der Sache, und hatte er den Besitz vom Scheineigentümer erlangt, so tritt derselbe Erfolg mit der Einigung über den Eigentumsübergang ein; der gute Glaube muss diesfalls im Momente der Einigung vorhanden sein. Im Falle des constitutum possessorium ferner geht das Eigentum erst über, wenn dem Erwerber die Sache von dem Scheineigentümer übergeben wird; für den guten Glauben ist hier wieder die Zeit der Übergabe entscheidend. War endlich ein dritter im Besitze der Sache und hat der Scheineigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe abgetreten, so wird dieser, wenn der Scheineigentümer mittelbarer

[50]) Es wird dabei, falls die betreffenden §§ des BGB. einen allgemeinen Inhalt haben, dieser stets nur so berücksichtigt, wie er sich in seiner Anwendung auf den -- uns hier allein interessierenden -- Fall der Simulation gestaltet.

[51]) Über den Untergang der Rechte dritter vgl. BGB. § 936.

Besitzer ist, mit der Abtretung des Anspruchs, andernfalls dann Eigentümer, wenn er den Besitz der Sache von dem dritten erlangt; der gute Glaube muss zur Zeit der Abtretung bezw. des Besitzerwerbes vorhanden sein. In allen Fällen ist ausserdem, abgesehen von Geld und Inhaberpapieren, Voraussetzung, dass es sich nicht um gestohlene, verloren gegangene oder sonst abhanden gekommene Sachen handelt.

Dieselben Grundsätze finden entsprechende Anwendung für die Bestellung des Niessbrauchs (§ 1032 BGB.) oder Pfandrechts (§ 1207 BGB.) an einer beweglichen Sache seitens des Scheineigentümers, allerdings mit folgenden Abweichungen. Bei beiden tritt nicht ein Erlöschen etwaiger Rechte dritter, sondern nur die Wirkung ein, dass der Niessbrauch bezw. das Pfandrecht ihnen vorgeht (§§ 1032 in fine, 1208 BGB.); und was noch das Pfandrecht allein betrifft, so ist gemäss dem ins BGB. aufgenommenen deutschrechtlichen Publizitätsprinzip dessen Bestellung durch constitutum possessorium unmöglich. (§§ 1207, 1205 BGB.).

In ähnlicher Weise wie bei beweglichen hat das BGB. auch bei unbeweglichen Sachen Schutzmassregeln für den gutgläubigen dritten aufgestellt. Ist nämlich durch den im Grundbuch als Berechtigten eingetragenen Scheinberechtigten für einen dritten ein Recht an einem Grundstücke oder ein Recht an einem solchen Rechte bestellt worden, oder ist an den im Grundbuche als Berechtigten eingetragenen Scheinberechtigten auf Grund des für ihn eingetragenen Rechts eine Leistung (z. B. Zinszahlung) bewirkt oder zwischen ihm und einem

dritten in Ansehung dieses Rechts eine nicht unter die Vorschriften des § 892 BGB. fallende rechtsgeschäftliche Verfügung (z. B. Aufhebung des Rechts) vorgenommen worden, so ist nach §§ 892, 893 BGB. dem dritten gegenüber die Berufung auf Simulation ausgeschlossen, es sei denn dass er die Simulation kannte. Als massgebender Zeitpunkt für die Kenntnis gilt, falls zu dem Erwerbe des Rechts die Eintragung erforderlich ist, die Zeit der Stellung des diesbezüglichen Antrags, oder, wenn die nach § 873 BGB. erforderliche Einigung erst später erfolgt, die Zeit der Einigung bezw. (im Falle des § 893 BGB.) die Zeit der Leistung oder der Vornahme der Verfügung. Hervorzuheben ist ausserdem für beide Fälle, dass anders wie oben bei beweglichen Sachen hier das Kennenmüssen der Kenntnis nicht gleichsteht.

Unter denselben Gesichtspunkt fallen ferner die §§ 1138, 1155 BGB. Durch die hier getroffenen Bestimmungen wird es dem Eigentümer eines Grundstücks, der einem anderen auf Grund einer simulierten Forderung eine Hypothek bestellt hat, falls dieser andere die Hypothek einem gutgläubigen dritten überträgt, versagt, dem dritten gegenüber die Simulation geltend zu machen[52], und ist weiter die Berufung auf Simulation

---

[52]) Es besteht hier „in der Hand des gutgläubigen Erwerbers eine Hypothek für eine Forderung, welche nur in Ansehung der Hypothek als rechtsbeständig gilt, während objektiv eine persönliche Forderung, zu deren Befriedigung die Hypothek dienen könnte (§ 1113. BGB.) nicht besteht." (Neumann a. a. O. Bd. I zu § 1138. S. 593.)

dann ausgeschlossen, wenn ein durch öffentlich beglaubigte, aber simulierte Abtretungserklärung und den Besitz des Hypothekenbriefes legitimierter Scheingläubiger über die Hypothek zu gunsten eines gutgläubigen dritten verfügt. Wegen der Erfordernisse des guten Glaubens und des für ihn erheblichen Zeitpunktes gilt § 892 Abs. 2 BGB. — Eine entsprechende Anwendung des § 1138 findet bei der Grund- und Rentenschuld statt. (§§ 1192, 1199 BGB.).

Wir kommen nunmehr zu den Fällen der Scheincession sowie der Ausstellung einer simulierten Schuld- oder Vollmachtsurkunde (§§ 409 Abs. 1. S. 2., 405, 172, 173 BGB.). Hat nämlich jemand eine simulierte Urkunde über eine (in Wirklichkeit nicht bestehende) Schuld ausgestellt und hat der Scheingläubiger die Forderung unter Vorlegung der Urkunde abgetreten, oder hat jemand einem anderen eine simulierte Vollmachtsurkunde ausgehändigt, hat dieser andere sie einem dritten vorgelegt und hat der letztere daraufhin mit ihm als Vertreter kontrahiert, oder hat endlich ein Gläubiger einem andern eine simulierte Abtretungsurkunde über eine Forderung ausgestellt, hat der Scheincessionar sie dem Schuldner vorgelegt und hat dieser sich daraufhin mit ihm eingelassen (z. B. gezahlt etc.), so ist hier überall die Berufung auf die Simulation ausgeschlossen. Hervorzuheben ist, dass in dem ersten Fall nach dem Wortlaut des § 405 BGB. die Forderung »unter Vorlegung der Urkunde« abgetreten sein muss, dass es hier also nicht genügt, wenn die Vorlegung in der Zeit vor oder nach der Abtretung erfolgt, während in

den beiden anderen Fällen lediglich gesagt ist, dass die Urkunde »vorgelegt« sein muss, hier also die Vorlegung auch vor Abschluss des Rechtsgeschäfts geschehen sein kann. Allerdings ist hierbei für den § 172 BGB. die Einschränkung zu machen, dass zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts die Vollmachtsurkunde weder dem Vollmachtgeber zurückgegeben noch für kraftlos erklärt sein darf (vgl. Abs. 2 das.).

Ein weiterer Unterschied besteht ferner darin, dass in den beiden ersten Fällen die Berufung auf die Simulation wieder zugelassen wird, wenn der dritte dieselbe bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts bezw. bei der Abtretung kannte oder kennen musste, während in dem letzten Fall eine solche Kenntnis ohne Belang sein würde.

Aus dieser zuletzt erwähnten Bestimmung wollen manche folgern, dass »die Berufung des Schuldners auf Schein (§ 117 BGB.) ohne eigenes Interesse als exceptio de jure tertii anzusehen sei.«[53] Es ist dies aber nicht richtig; denn § 409 BGB. bezweckt nichts weiter als den Schuldner zu sichern und stellt deshalb Voraussetzungen auf, unter denen dieser das Recht hat, mit befreiender Wirkung an den Scheincessionar zu zahlen, während er keineswegs unter allen Umständen hierzu verpflichtet sein soll.[54] Ist aber eine solche Verpflichtung nicht statuiert, so ist auch kein Grund

[53]) Neumann a. a. O. Bd. I zu § 409 S. 199; vgl. auch Juristische Wochenschrift 1898 S. 504 No. 14.

[54]) Vgl. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse § 53 S. 196.

gegeben, von den oben für die Geltendmachung der Simulation seitens dritter aufgestellten allgemeinen Grundsätzen abzuweichen.

Unrichtig ist es ferner, wenn von vielen[55] zu den besonderen Vorschriften, welche zum Schutz gutgläubiger dritter die Berufung auf Simulation ausschliessen, auch die §§ 171, 409 Abs. 1 S. 1 BGB. gerechnet werden. Richtig ist zwar, dass auch hier eine Simulation vorliegen kann; der Grund aber, weshalb trotz solcher Simulation die Erklärung so gültig sein würde, wie sie dem dritten gegenüber abgegeben ist, liegt darin, dass diese Erklärung dem dritten gegenüber den Charakter einer Mentalreservation hat und mithin ohne Rücksicht auf den geheimen Vorbehalt gültig ist (§ 116 BGB.). Dasselbe trifft noch zu bei § 576 BGB., den gleichfalls manche[56] unter diese Rubrik gestellt haben.

Eine weitere Streitfrage, welche sich an § 405 BGB. anknüpft, ist, ob unter den Successoren des gutgläubigen Erwerbers wiederum der gute oder böse Glaube in Betracht kommt. Matthiass[57] und Fischer-Henle[58] z. B. bejahen diese Frage, Planck[59] dagegen verneint sie. Der Wortlaut des Paragraphen lässt sich in gleicher Weise für die eine wie die andere Meinung

---

[55]) Neumann a. a. O. Bd. I zu § 117 S. 54; Vogel a. a. O. S. 38 ff; Rehbein a. a. O. Bd. I S. 130 u. a.

[56]) Rehbein a. a. O. Bd. I S. 130; Vogel a. a. O. S. 40.

[57]) a. a. O. Bd. I S. 455.

[58]) BGB. zu § 405 Anm. 3.

[59]) a. a. O. Bd. II zu § 405 ad 4. S. 188.

verwerten, und auch die Motive geben keinerlei Aufschluss. Da müssen denn allgemeine Erwägungen den Ausschlag geben, und diese führen uns dahin, in Übereinstimmung mit Planck von der bona fides des weiteren Erwerbers abzusehen und den ursprünglichen Mangel durch die erste Abtretung für »definitiv geheilt« zu halten. Dafür spricht vor allem der Umstand, dass eine entgegengesetzte Behandlung zum Nachteil des gutgläubigen Erwerbers selbst ausschlagen würde; »denn sobald der wahre Sachverhalt publik würde, wäre er ausserstande, die Sache auf den Markt zu bringen oder ihr einen Abnehmer zu finden. Jedenfalls würde seine Verkaufsmacht eine starke Einbusse erleiden, und dieses würde dem Prinzip widersprechen.«[60] Andrerseits versteht es sich von selbst, dass, falls der erste Erwerber nicht in gutem Glauben war, wohl aber der zweite, dieser beim Vorliegen der anderen Voraussetzungen des § 405 gegen den Einwand der Simulation geschützt ist.

Endlich kommt noch § 957 BGB. in Frage. Aus diesem ergiebt sich, dass, falls jemand, dem nur simulierterweise das Eigentum an einer Sache oder ein Recht an dieser Sache übertragen ist, demzufolge ihm Erzeugnisse oder sonstige Bestandteile derselben nach der Trennung gehören würden, einem dritten die Aneignung dieser Erzeugnisse oder Bestandteile gestattet, diesem dritten gegenüber bezüglich der Erzeugnisse oder Bestandteile die Berufung auf Simulation ausge-

[60]) Kohler in Jherings Jahrb. Bd. 16 S. 136.

schlossen ist, wenn er die Simulation bei der Überlassung der Sache bezw. bei der Besitzergreifung der Erzeugnisse oder Bestandteile weder kannte noch kennen musste und auch vor der Trennung nicht erfuhr.[61]

§ 5.
Schadensersatzpflicht.

In den meisten Fällen wird durch die im vorigen Abschnitt behandelten besonderen Vorschriften, welche das BGB. zu gunsten gutgläubiger dritter aufgestellt hat, diesen gegen die ihnen durch die allgemeinen Regeln der simulierten Rechtsgeschäfte drohenden Gefahren ein hinreichender Schutz gewährt sein, keineswegs aber in allen. So ist z. B., falls ein Gläubiger einem anderen eine ihm zustehende Forderung nur mündlich zum Schein cediert hat, ein dritter, der hiervon durch dritte Personen (etwa durch zufällige oder zu diesem Zweck hinzugezogene Zeugen) erfahren hat und im Vertrauen auf die ihm gemachte Mitteilung sich seinerseits die Forderung von dem Scheincessionar hat abtreten lassen, nicht geschützt,[62] und dasselbe trifft zu für den von Dernburg[63] angeführten Fall, dass »jemand sein Patentrecht simulierterweise einem Schein-

[61]) Es tritt hier derselbe Erfolg ein, als wenn der dritte die Erzeugnisse oder Bestandteile einzeln von dem Scheinberechtigten nach § 932 BGB. erworben hätte.

[62]) § 405 BGB. gilt nur für den Fall, dass eine Urkunde über die Cession ausgestellt und die Forderung unter Vorlegung der Urkunde abgetreten ist.

[63]) Bürgerliches Recht Bd. I S. 428.

käufer übertragen hat und dieser Licenzen gegen Entgelt gab.« Dernburg will hier dem gutgläubigen dritten eine exceptio doli geben und sagt ohne irgendwelche Einschränkung: »In derartigen Fällen wird eine exceptio doli dem Simulanten dennoch entgegentreten«; es ist das aber in dieser Allgemeinheit offenbar nicht zu halten. Richtig ist zwar, dass dem gutgläubigen dritten vielfach mit einer exceptio doli[64] wird geholfen werden können; doch sind das immer nur Ausnahmen. Ist im Einzelfalle die exceptio doli nicht genügend begründet, so geht wegen der absoluten Nichtigkeit des simulierten Geschäfts das allgemeine Prinzip auch hier dahin, dass das seitens des gutgläubigen dritten von einem Nichtberechtigten erworbene Scheinrecht nicht rechtswirksam besteht und der Berechtigte, d. i. der Simulant, auch ihm gegenüber die ihm für gewöhnlich zustehenden Rechtsmittel hat.

Allerdings kann in solchen Fällen der gutgläubige dritte wenigstens einen Schadensersatzanspruch haben. Doch ist ein solcher nur auf Grund von Täuschung, Betrug etc., d. h. bei vorsätzlicher Schadenszufügung, nach §§ 826, 823 BGB. gegeben[65]. Liegt eine vorsätzliche Handlung nicht vor, so genügt der Umstand, dass dritte auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts vertrauten, daraufhin irgendwelche Massnahmen getroffen

[64]) Über die Zulässigkeit derselben auch nach BGB. vgl. Enneccerus — Lehmann a. a. O. Bd. I S. 329 330; Planck a. a. O. Bd. I S. 277 ff, Bd. II S. 10, 11, 556; Matthiass a. a. O. Bd. I S. 293; Stammler a. a. O. S. 46 ff.

[65]) vgl. Endemann a. a. O. Bd. I S. 299; Enneccerus — Lehmann a. a. O. Bd. I S. 162; Rehbein a. a. O. Bd. I S. 126.

haben und nunmehr wegen der Simulation Schaden erleiden, nicht zur Begründung eines Schadensersatzanspruches. Denn will man auch annehmen, dass derjenige, welcher ein simuliertes Rechtsgeschäft abschliesst, stets damit rechnen muss, dass dasselbe zur Kenntnis dritter gelangt — in den meisten Fällen beabsichtigt er dies sogar — und dass dritte im Vertrauen auf die Gültigkeit dieses Geschäfts die verschiedenartigsten Massregeln ergreifen können, dass er also in bezug auf den den dritten erwachsenen Schaden fahrlässig gehandelt hat, so ist doch nicht »das Leben, der Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht« verletzt, und es kann somit ein Schadensersatzanspruch nach § 823 BGB. auf Fahrlässigkeit nicht gestützt werden.[66]

Dass im Verhältnis der Simulanten zu einander auf Grund des simulierten Geschäfts an sich überall kein Schadensersatzanspruch besteht, bedarf nur der Erwähnung.

---

[66]) Es ist daher nicht recht einzusehen, was Planck damit meint, wenn er a. a. O. Bd. I zu § 117 S. 168, sagt, es könne »unter Umständen« ein solcher Anspruch auch auf Fahrlässigkeit gegründet werden.

II. Fiduciarische Rechtsgeschäfte.

§ 1.
Ihre juristische Natur.

Ein, wie wir bereits in der Einleitung erwähnt haben, bis in die neueste Zeit hinein mit den simulierten Rechtsgeschäften verwechseltes und doch von ihnen so grundverschiedenes Rechtsinstitut sind die fiduciarischen Rechtsgeschäfte. Ein fiduciarisches Rechtsgeschäft liegt vor, wenn die Parteien, um einen von ihnen bezweckten wirtschaftlichen Erfolg herbeizuführen, sich eines Rechtsgeschäfts bedienen, dessen Wirkungen, wie ihnen bekannt, über jenen Erfolg hinausgehen.

Das Charakteristische dieses Geschäfts liegt darin, dass ein Missverhältnis besteht zwischen Zweck und Mittel, dass sich wirtschaftlicher Zweck und juristische Form nicht decken. Die Parteien wollen das Rechtsgeschäft, welches sie abschliessen, sie wollen es mit allen Wirkungen, welche die Rechtsordnung an dasselbe knüpft, sie wollen es aber zu einem wirtschaftlichen Zwecke, der hinter jenen Wirkungen zurückbleibt; sie haben, um einen bestimmten wirtschaftlichen

Zweck zu erreichen, eine juristische Form gewählt, die mehr gewährt, als der von ihnen beabsichtigte Zweck erfordert. Um es an einem Beispiele klar zu machen: es will X eine ihm gehörige Sache durch Y veräussern lassen; anstatt ihm aber eine diesbezügliche Vollmacht zu erteilen, überträgt er ihm das Eigentum, oder: es will X einen ihm gehörigen Wechsel durch Y einklagen lassen; anstatt aber ein zu diesem Zwecke ausreichendes Prokura-Indossament aus, oder: es will X dem Y zu wählen, stellt er ein Voll-Indossament für eine diesem gegen ihn zustehende Forderung eine dingliche Sicherung an seinem Eigentum gewähren; anstatt aber den hierzu regelmässig benutzten Weg der Bestellung eines Pfandrechts einzuschlagen, greift er gleichfalls zu dem schwereren Geschütz der Eigentumsübertragung etc.

In allen diesen Fällen ist der Eigentumsübergang, die Übertragung des Gläubigerrechtes gewollt; es ist das die e i n e Seite des fiduciarischen Rechtsgeschäfts, der »positiv—dingliche Vertrag«[67], welcher die von den Parteien abgegebene Erklärung, wie sie dieselbe formell und materiell in Wahrheit gewollt haben, zum Ausdruck bringt. Da indess, wie schon erwähnt, die Wirkung dieser Willenserklärung über den von den Parteien bezielten wirtschaftlichen Zweck hinausschiesst, da, um in den Beispielen zu bleiben, in keinem der Fälle das Eigentum bezw. das Gläubigerrecht dem Y dauernd verbleiben soll, in den beiden ersteren Fällen vielmehr, falls Y die Sache verkauft bezw. den Wechsel

[67]) Goltz, Das fiduciarische Rechtsgeschäft S. 12.

einkassiert hat, er den Erlös an X abliefern, falls ihm dies nicht gelungen, ist das Eigentum zurückübertragen bezw. den Wechsel zurückindossieren soll, und in dem letzteren Falle, falls X seine Schuld getilgt hat, gleichfalls das Eigentum zurückübertragen werden soll, so schliessen die Parteien — und das ist die zweite Seite des fiduciarischen Rechtsgeschäfts — einen Nebenvertrag, den »negatorisch-obligatorischen Vertrag«,[67] in welchem sie in ihrem inneren Verhältnis diejenigen Vereinbarrngen treffen, welche bei dem Eintritt bestimmter Voraussetzungen die über den beabsichtigten wirtschaftlichen Zweck hinausgehenden Wirkungen des Rechtsgeschäfts wieder auf das richtige Mass zurückführen sollen.

Das Gemeinsame des fiduciarischen Rechtsgeschäfts mit dem simulierten besteht hiernach darin, dass auch bei ihm eine Aussen- und Innenseite zu unterscheiden ist, dass auch bei ihm die Parteien — wenigstens regelmässig — der Aussenwelt nicht ihre gesamten den Gegenstand des Rechtsgeschäfts betreffenden Vereinbarungen kundgeben. Während aber bei dem simulierten Rechtsgeschäft, wie wir gesehen, die Kontrahenten die Erklärungen, welche sie abgeben, weder der Aussenwelt gegenüber noch in ihrem inneren Verhältnisse wollen, und zwar schon zur Zeit ihrer Abgabe nicht wollen, während also hier nach der Absicht der Parteien das Rechtsgeschäft überall keine Rechtswirkungen hervorbringen soll und so schon von vornherein ein Widerspruch zwischen der äusseren Erscheinung des Rechtsgeschäfts und der inneren Absicht der Parteien gegeben

ist, ist die Sachlage bei dem fiduciarischen Rechtsgeschäft eine völlig andere. Bei diesem wollen die Parteien die von ihnen abgegebenen Erklärungen und deren Rechtswirkungen in Wirklichkeit, und zwar wollen sie sie sowohl in ihrem Verhältnis zu dritten wie auch zu einander; die Innenseite des Rechtsgeschäfts besteht darin, dass eine — obligatorisch wirkende — Nebenabrede getroffen wird, nach der unter gewissen Voraussetzungen die eingetretenen Rechtswirkungen später wieder rückgängig gemacht werden sollen.

Ein ähnlicher Unterschied besteht auch zwischen dem fiduciarischen und dem dissimulierten Rechtsgeschäft. Auch bei dem letzteren ist ebenso wie bei dem simulierten Rechtsgeschäft die abgegebene Erklärung nicht gewollt; während aber bei dem simulierten Geschäft überhaupt kein Rechtsgeschäft bezweckt ist, ist bei dem dissimulierten die äussere Form eines Rechtsgeschäfts gewählt worden, um durch dasselbe den Erfolg eines andern wirklich gewollten zu erreichen. Es unterscheidet sich demnach das fiduciarische Rechtsgeschäft von dem dissimulierten dadurch, dass bei ihm sowohl die Aussen- als auch die Innenseite, bei dem letzteren lediglich die Innenseite gewollt ist.

Wir haben bisher im Einklang mit der allgemeinen Lehre schlechthin davon gesprochen, dass der den Fiduciar beschränkende wirtschaftliche Zweck lediglich in dem Nebenvertrage zum Ausdruck komme, und dass die dem Fiduciar in demselben auferlegte Verpflichtung lediglich obligatorischen Charakter trage, müssen aber,

da sich in neuester Zeit gegen diese für alle Fälle eines fiduciarischen Rechtsgeschäfts angenommene Ausgestaltung desselben Schultze in seiner Schrift »Treuhänder im geltendenden bürgerlichen Recht«[68] gewandt hat, näher auf die in jener Abhandlung gemachten Ausführungen eingehen. Schultze hat nachzuweisen versucht, dass es in unserem geltenden Rechte neben dem römisch-fiduciarischen ein deutsch-fiduciarisches Rechtsgeschäft (Treuhänderschaft) gebe, und dass »bei der Auslegung der Parteiabsicht die Vermutung für die deutsche Treuhänderschaft streite.«[69] Der Unterschied zwischen der deutschen und der römischen Treuhänderschaft besteht nach ihm darin, dass bei jener der Treuhänder durch den ihm gesetzten Zweck nicht blos obligatorisch, sondern auch dinglich gebunden wird, dass die ihm übertragene dingliche Rechtsmacht von vornherein in Anpassung an den beabsichtigten wirtschaftlichen Zweck eingeschränkt ist. Die Beschränkung selbst kann eine zweifache sein; entweder der Treuhänder erhält Eigentum, aber unter auflösender Bedingung derart, dass bei Fortfall des Treuhänders, Unerreichbarkeit des Zweckes oder zweckverletzendem Handeln ohne weiteres der dingliche Rückfall an den Fiducianten stattfindet, oder er bekommt ein begrenztes dingliches Recht, während das Eigentum selbst beim Fiducianten verbleibt.

---

[68]) In Iherings *Jahrb.* f. Dogm. Bd. 43 S. 1 -- 104.
[69]) a. a. O. S. 103.

Zugegeben muss Schultze werden, dass in der That im Gegensatze zu dem fiduciarischen Rechtsgeschäft des römischen Rechts eine deutschrechtliche Treuhänderschaft mit dinglicher Beschränkung bestanden hat, und dass auch das BGB. eine dinglich wirkende Resolutivbedingung (bei Grundstücken im Wege der Vormerkung) kennt,[70] dass mithin »auch der deutsche Treuhänder mit seiner der Zwecksatzung angepassten, entsprechend eingegrenzten Rechtsmacht im geltenden bürgerlichen Recht für sich den Boden bereitet findet.«[71] Nicht gelungen aber ist es ihm, »ihn dort auch als wirklich bereits vorhanden nachzuweisen.«[72]

---

[70]) Unrichtig ist es, wenn Schultze auch die zweite Art der dinglichen Beschränkung, dass nämlich der Fiduciar nur ein begrenztes dingliches Recht erhalte, nach dem BGB. ganz allgemein für möglich hält. Denn will man ihm schon insoweit beistimmen, dass „in unseren geltenden Rechtssätzen ausser den im 3. Buche des BGB. aufgezählten noch eine ganze Anzahl solcher Rechte ein inofficielles Dasein führe“ (a. a. O. S. 27), so besteht doch keinesfalls die Möglichkeit, die Anzahl dieser „inofficiellen“ dinglichen Rechte nach Parteibelieben noch über die im Gesetze vorkommenden bestimmten Fälle hinaus zu vermehren; insoweit muss der Standpunkt des numerus clausus der dinglichen Rechte jedenfalls aufrecht erhalten werden. (vgl. dazu Enneccerus -- Lehmann a. a. O. Bd. II S. 19 ff; Matthiass a. a. O. Bd. II S. 2 ff; Planck a. a. O. Bd. III S. 6 ff). Darnach scheiden für die Begründung eines fiduciarischen Verhältnisses durch Vertrag ohne weiteres aus diejenigen Fälle, welche Schultze als „Treuhänderschaft mit begrenztem Recht an fremdem Gegenstand“ bezw. als „Treuhänderschaft mit blos obligatorischer Berechtigung begrenzten Inhalts“ bezeichnet; über die von ihm in dieser Beziehung angezogenen gesetzlichen Treuhänderfälle s. oben im Text.

[71]) a. a. O. S. 27.

[72]) a. a. O. S. 28.

Denn muss man auch anerkennen, dass die von Schultze als auf Gesetz beruhend angeführten Treuhänderfälle der »Pflegschaft für die Leibesfrucht bezw. einen noch nicht erzeugten Nacherben«, des »Testamentsvollstreckers (gesetzlicher Normaltypus)«, des »Testamentsvollstreckers im Falle des § 2208 Abs. 2 BGB«, der »erbrechtlichen Auflage« und des »Treuhänders des Hypothekenbankgesetzes« in mancher Hinsicht »leicht und ungezwungen aus dem deutschen Treuhandgedanken sich ableiten lassen«, so entsprechen diese Rechtsinstitute doch keineswegs in ihrer Gesamtgestaltung der deutschrechtlichen Treuhänderschaft. Auch hat das BGB., welches weder das fiduciarische Rechtsgeschäft des römischen noch die Treuhänderschaft des deutschen Rechts an irgend einer Stelle ausdrücklich und nur an einer einzigen Stelle[73] indirekt erwähnt, eine dementsprechende Regelung der einzelnen Fälle durchaus nicht beabsichtigt, ja es sprechen, wie auch Schultze zugiebt, die Motive und Protokolle vielfach direkt gegen eine solche Annahme.[74]

Noch weniger aber trifft Schultze's Ansicht zu, dass bei fiduciarischen Verträgen im Zweifel anzunehmen sei, es hätten die Parteien die deutschrechtliche Treuhänderschaft gewollt. Es ist vielmehr auch hier nur richtig, dass die Beschränkung des Fiduciars dingliche Wirkung in der Weise erhalten kann, dass

---

[73]) s. hierüber unten S. 47, 48.

[74]) vgl. Schultze a. a. O. S. 63, 66, 91. und die dort citierten Stellen der Motive und Protokolle zum BGB.

der Fiduciant sich durch auflösende Bedingung dinglich sichert;[75] es werden aber — das lehrt ein Blick in die Entscheidungen unserer höchsten Gerichtshöfe, welche uns die praktische Gestaltung des fiduciarischen Rechtsgeschäfts im heutigen Rechte zeigen — die Parteien diese Absicht in den seltensten Fällen haben,[76] und man wird daher in direktem Gegensatz zu Schultze behaupten müssen, dass die Vermutung gerade für das römisch-rechtliche fiduciarische Rechtsgeschäft in dem oben auseinandergesetzten Sinne spreche.

Warum aber, so müssen wir uns fragen, wählen die Parteien überall ein so umständliches Verfahren, warum gehen sie nicht vielmehr einen geraden, den beabsichtigten wirtschaftlichen Zweck direkt herbeiführenden Weg? Der Grund ist darin zu suchen, dass entweder eine dem Zweck entsprechende Form fehlt, oder eine solche Form zwar vorhanden ist, die Parteien aber eine andere, welche an sich der Erfüllung anderer wirtschaftlicher Zwecke dient, mit welcher sie jedoch gleichfalls ihren Zweck erreichen können, wählen, weil diese ihnen gegenüber der dem Zwecke gewöhnlich entsprechenden Form für den speziellen Fall grössere Vorteile bietet. Ein derartiges Verfahren der Parteien aber und damit jener Widerspruch zwischen juristischer Form und wirtschaftlichem Zweck wird sich, mag es an sich auch sehr wünschenswert sein, dass Form und

---

[75]) Es gelten indess auch hier die Vorschriften zu gunsten gutgläubiger dritter. (BGB. § 161 Abs. 3).

[76]) So auch Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. I S. 503.

Zweck sich jederzeit decken, bei der unendlichen Mannigfaltigkeit der wirtschaftlichen Bedürfnisse gegenüber der Starrheit der auf bestimmte Normalfälle zugeschnittenen juristischen Formen nie ganz vermeiden lassen. »Je feiner entwickelt die Technik des Rechtes«, bemerkt in dieser Beziehung Dungs,[77] »um so zahlreicher werden die Fälle, in denen der Interessent für den gewollten Zweck eine völlig passende Form findet. Niemals indess vermag die juristische Kunst den Anforderungen durchaus zu genügen, welche die Gestaltungen des Lebens ihr stellen.«

§ 2.

Ihre Zulässigkeit überhaupt, ihre Wirksamkeit und Wirkungen im einzelnen.

Wir haben schon im vorigen Abschnitt erwähnt, dass das BGB. keinerlei Normen für das fiduciarische Rechtsgeschäft aufgestellt, dasselbe nirgends ausdrücklich anerkannt hat, und es könnte daher die Frage aufgeworfen werden, ob dasselbe unter der Herrschaft des BGB. überhaupt noch aufrecht erhalten werden kann. Es muss indess diese Frage unzweifelhaft bejaht werden, da die vom BGB. aufgestellten allgemeinen Vorschriften mangels einer ausdrücklichen Ausnahmebestimmung auch für das fiduciarische Rechtsgeschäft gelten. Dazu kommt, dass es eine indirekte Anerkennung im § 223 Abs. 2 BGB. gefunden hat, indem

[77]) Gruchots Beiträge Bd. 32 S. 8.

es dort heisst, dass — im Gegensatze zu der allgemeinen Bestimmung der §§ 1169, 1254 BGB. — die Rückübertragung eines Rechts, das zur Sicherung eines Anspruchs übertragen ist, nicht auf Grund der Verjährung des Anspruchs verlangt werden kann. Im Einklang hiermit hat man sich denn auch allgemein in der bisherigen Litteratur des BGB. für die Aufrechterhaltung des fiduciarischen Rechtsgeschäfts ausgesprochen.[78]

Mag aber auch die Zulässigkeit des fiduciarischen Rechtsgeschäfts nach dem BGB. an sich feststehen, so sind damit doch keineswegs die mannigfachen Streitfragen des gemeinen Rechts über seine Wirksamkeit und Wirkungen im einzelnen entschieden, und es soll daher auf diese Streitfragen, soweit sie für das BGB. in Betracht kommen, im folgenden näher eingegangen werden.

Zunächst muss in dieser Beziehung nochmals die schon mehrfach erwähnte Verwechselung des fiduciarichen Rechtsgeschäfts mit dem Scheingeschäft berührt werden. Der Grund dieser Verwechselung und damit der Nichtigkeitserklärung des fiduciarischen Geschäfts ist darin zu suchen, dass man den mit einem Rechtsgeschäfte verbundenen wirtschaftlichen Zweck und das zu dessen Erreichung gewählte Mittel, die juristische Form, nicht auseinanderhält und überall da, wo man

[78]) So Enneccerus — Lehmann a. a. O. Bd. I S. 242; Neumann a. a. O. Bd. I zu § 117 S. 54; Matthiass a. a. O. Bd. I S. 226; Endemann a. a. O. Bd. I S. 300; Planck a. a. O. Bd. I S. 186; Kuhlenbeck a. a. O. Bd. I S. 398; Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. I S. 501 u. a.

feststellt, dass das Mittel mehr gewährt, als von den Parteien in wirtschaftlicher Beziehung bezweckt wird, auch den auf die juristische Form, den Abschluss des betreffenden Rechtsgeschäfts gerichteten ernstlichen Willen verneint.[79] Das ist aber in dieser allgemeinen Fassung keineswegs richtig. Zwar ist zuzugeben, dass im Normalfall eines Rechtsgeschäfts Mittel und Zweck sich decken, und dass, wo dies nicht der Fall ist, ein ernstlicher Wille auch inbezug auf das Mittel fehlen kann; unrichtig aber ist es, zu sagen, dass er dann immer fehlt. »Gewiss wünscht der Tradent oder Indossant, dass der Eigentümer der Sache (des Wechsels) von der ihm erteilten Befugnis nur in den Grenzen Gebrauch mache, welche den Depositar oder Mandatar einschränken; dieser Wunsch beeinträchtigt aber nicht den Willen, dem Empfänger weitergehende Befugnisse beizulegen, als sie ein Mandatar oder Depositar hat.«[80] Vielmehr wird meistens der Grund, weshalb die Parteien zu dem Aushülfsmittel des fiduciarischen Ceschäfts gegriffen haben, ersichtlich und damit ein hinreichend sicheres Kennzeichen für die Ernstlichkeit des Willens gegeben sein. Kurz: die Frage, ob ein Scheingeschäft gegeben ist oder nicht, liegt auf thatsächlichem Gebiet; entscheidend für ihre Beurteilung sind die ausdrücklichen und stillschweigenden Erklärungen, wie überhaupt das gesamte den Abschluss des fraglichen Rechtsgeschäfts betreffende Verhalten der Parteien.

[79]) So in neuester Zeit Wilutzky in Juristische Wochenschrift Jahrg. 1901 S. 712.

[80]) Leist, Die Sicherung von Forderungen S. 80.

Andere, wie Dernburg[81] und Dungs[82], konstruieren einen Unterschied in der rechtlichen Stellung des Fiduciars nach innen und aussen und erkennen nur inbezug auf die Aussenseite die volle dingliche Wirkung des Rechtsgeschäfts an. Dernburg insbesondere sagt in dieser Beziehung folgendes: »Wir geben hierbei dem Fiduciar nach aussen hin die Stellung des Eigentümers unserer Sache oder des Gläubigers einer uns zustehenden Forderung und verschaffen ihm hierdurch die volle Legitimation zur Geltendmachung unseres Rechtes. Nach innen aber bleibt der Fiduciar blosser Bevollmächtigter; die Sache beziehungsweise die Forderung ist für ihn im Verhältnis zum Vollmachtgeber eine fremde.« Gegen diese Argumentation, welche auf dem Gedanken einer Teilung des Eigentums dergestalt, dass jemand nach aussen hin Eigentümer, nach innen Bevollmächtigter sein könne, beruht, wendet sich Goltz,[83] indem er u. a. ausführt, dass der Fiduciar nie »zugleich« beide Eigenschaften habe, da er wahrer Eigentümer geworden sei und seine Vollmachtsstellung erst beim Aufhören der ersteren wirksam werde. Dieser Einwand von Goltz ist jedoch insofern nicht richtig als er behauptet, dass der Fiduciar nie zu gleicher Zeit Eigentümer und Bevollmächtigter sei; es ist vielmehr ohne weiteres klar, dass, ebenso wie jemand inbezug auf eine ihm bereits gehörige Sache eine obligatorische Verpflichtung

[81]) Pand. Bd. I § 100 S. 236.
[82]) a. a. O. Bd. 32 S. 18 ff.
[83]) a. a. O. S. 26.

eingehen, inbezug auf diese Sache also zugleich Eigentümer und Bevollmächtigter etc. sein kann, auch der Fiduciar von dem Augenblicke an, wo ihm das Eigentum übertragen und er obligatorisch verpflichtet wird, dem Fiducianten gegenüber zugleich beide Eigenschaften hat. Richtig dagegen ist es, dass es eine Teilung des Eigentums nach aussen und innen nicht giebt, und wir stimmen daher Goltz völlig bei, wenn er in letzterer Beziehung ausführt, dass die Anhänger der entgegengesetzten Ansicht den Begriff des Eigentums nicht konsequent durchführen, dass sie »Eigentum« und »Vermögen« verwechseln, und dass sie mit einer Unterscheidung der Wirkungen des Eigentums nach aussen und innen gegen die Fundamentalsätze unseres Rechts verstossen. Unser Recht kennt eben keine Eigentumsübertragung, welche gegenüber dem einen volle Wirkung ausübt, gegenüber einem andern aber unter Umständen wirkungslos ist, ein solches relatives Eigentum ist eine »juristische Unmöglichkeit«.[84] Sollten aber in der That die Parteien einmal bei einem fiduciarischen Rechtsgeschäft eine solche Trennung des Eigentums beabsichtigen, so ist dasselbe gleichwohl nicht als simuliert und mithin als nichtig zu behandeln. Denn von einer Simulation könnte nur dann die Rede sein, wenn überhaupt kein Eigentum übertragen werden soll, wenn also die diesbezüglichen Erklärungen im Einverständnisse der Parteien ganz allgemein nur zum Schein

---

[84]) Lang. in Arch. f. civil Prax. Bd. 83. S. 343. 344.

abgegeben werden. Wird aber — und das ist beim fiduciarischen Geschäft stets der Fall — ein Eigentumsübergang in Wirklichkeit beabsichtigt, so ist, da keineswegs »alle Rechtsfolgen« eines Rechtsgeschäfts »gewollt« sein müssen,[85] es gleichgültig, ob die Parteien eine derartige Scheidung des Eigentums nach innen und aussen im Sinne hatten; es geht vielmehr ohne Rücksicht auf diese Parteiabsicht das Eigentum mit den Rechtswirkungen über, welche die Rechtsordnung allgemein an den Eigentumsübergang geknüpft hat, »es muss der Veräusserer in den Kauf nehmen, dass der Empfänger nun in jeder Beziehung Eigentümer wird.«[86]

Eine weitere Streitfrage des gemeinen Rechts, ob die rechtsgeschäftliche Übertragung des Eigentums ein abstraktes Rechtsgeschäft sei oder nicht, ist mit Einführung des BGB. erledigt, da, wie fast allgemein anerkannt wird,[87] dessen §§ 873, 929 den abstrakten Charakter des dinglichen Vertrags unzweifelhaft festgestellt haben. Es erübrigt sich mithin eine Erörterung dieser Streitfrage und ihrer Bedeutung für das fiduciarische Rechtsgeschäft insbesondere.

Der Schluss, zu welchem wir nach den obigen Untersuchungen kommen, ist demnach, dass der dingliche Vertrag beim fiduciarischen Geschäft keinerlei Abweichungen zeigt von dem dinglichen Vertrage des gewöhnlichen Rechtsgeschäfts, dass insbesondere sämt-

[85]) vgl. hierzu Enneccerus -- Lehmann a. a. O. Bd. I S. 146.
[86]) Leist a. a. O. S. 83
[87]) vgl. indess Wienstein in Gruchots Beiträgen Bd. 46. S. 243; Strohal in Jherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 27. S. 392 ff.

liche Wirkungen, die der dingliche Vertrag schlechthin hat, auch beim fiduciarischen Rechtsgeschäft eintreten und der wirtschaftliche Zweck bezw. der obligatorische Nebenvertrag auf diese Wirkungen keinen Einfluss ausübt. Es geht mithin das Eigentum über, es wird das Gläubigerrecht übertragen etc., und es ist der Fiduciar in der Lage, sämtliche Rechte des Eigentümers, des Gläubigers etc. unbeschränkt auszuüben. Missbraucht er die ihm eingeräumte Vertrauensstellung, so ist die von ihm getroffene Verfügung dem Fiducianten gegenüber selbst dann gültig, wenn der dritte Erwerber die fiduciarische Beschränkung gekannt hat; es steht diesfalls dem Fiducianten lediglich ein obligatorischer Schadensersatzanspruch zu.[88] Aber auch im Normalfalle tritt der Rückfall des dinglichen Rechts nicht ipso jure ein; es kann vielmehr auch hier der Fiduciant, falls die Voraussetzungen des obligatorischen Nebenvertrags eingetreten sind, den Fiduciar nur obligatorisch anhalten, den in diesem Vertrage übernommenen Verpflichtungen nachzukommen.

Eine teilweise Abweichung von den eben aufgestellten Grundsätzen tritt allerdings für den Fall ein, dass der dingliche Übertragungsakt unter einer dinglich

[88]) Die Anhänger derjenigen Ansichten, nach welchen ein Eigentumsübergang überhaupt nicht stattfindet oder geteiltes Eigentum vorliegt, halten evtl. auch einen Verstoss gegen §§ 246, 266², 303 des Strafgesetzbuches für vorliegend; nach der von uns vertretenen Ansicht ist das unmöglich, da es sich nicht um eine „fremde" Sache handelt. Möglich dagegen ist, dass der Fiduciar beim Abschluss des fiduciarischen Rechtsgeschäfts ein Vergehen gegen § 263 begeht; im übrigen halten wir mit Goltz a. a. O. S. 30. jede Strafrechtswidrigkeit des treulosen Handelns seitens des Fiduciars für ausgeschlossen.

wirkenden Resolutivbedingung vorgenommen ist. In diesem Falle gelten die allgemeinen Regeln insoweit nicht, als nur gutgläubige dritte dem Fiducianten gegenüber geschützt sind und evtl. ein ipso-jure-Rückfall stattfindet. (BGB. § 161).

§ 3.

Ihr Verhältnis zu dem agere in fraudem legis.

Da, wie wir gesehen, beim fiduciarischen Rechtsgeschäft die beabsichtigte rechtliche Wirkung sich mit dem von den Parteien verfolgten wirtschaftlichen Zweck nicht deckt, so kann dasselbe leicht zur Umgehung des Gesetzes benutzt werden. Es ist daher erforderlich, das Wesen der Gesetzesumgehung einer näheren Erörterung zu unterziehen.

Das klassische römische Recht unterschied zwischen einem »agere contra legem«, d. h. einem Handeln gegen den ausdrücklich erklärten Willen des Gesetzes, und einem »agere in fraudem legis«, d. h. einem Handeln gegen den wirklichen Willen ohne Verletzung des ausdrücklich erklärten Willens, und stellte, was mit Rücksicht auf den formalistischen Charakter des Aktionensystems von Bedeutung war, den letzteren Begriff dem ersteren ausdrücklich gleich.[89] Für unsere modernen Rechtsordnungen jedoch, welche jenen formalistischen Standpunkt aufgegeben haben, und insbesondere auch für das BGB., hat jedes Gesetz nur einen Sinn, wird dieser Sinn durch ein »agere in fraudem legis« ebenso

[89]) l. 29. u. 30. D. de leg. 1, 3; l. 5. pr. C. de leg. 1, 14.

verletzt wie durch ein »agere contra legem«, und bedarf es somit nicht mehr der ausdrücklichen Gleichstellung dieser beiden Begriffe.[90] Wenn daher das BGB. in § 134 bestimmt, dass ein Rechtsgeschäft, welches gegen ein gesetzliches Verbot verstösst, nichtig ist, so ist damit gleichzeitig die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts, das zum Zwecke der Umgehung des Gesetzes abgeschlossen ist, statuiert. Das wird denn auch, meist ohne irgendwelche Begründung, ganz allgemein anerkannt.[91]

Wann liegt nun aber eine Umgehung des Gesetzes vor?

Bei der Beurteilung dieser Frage ist davon auszugehen, dass die Rechtsordnung im allgemeinen es den ihr unterworfenen Rechtssubjekten überlässt, die von ihr aufgestellten Institute des Vermögensrechts nach freiem Belieben zur Verwirklichung ihrer wirtschaftlichen Interessen zu benutzen, und dass auf das einzelne Rechtsgeshäft ohne Rücksicht auf die damit verfolgten wirtschaftlichen Zwecke die Regeln desjenigen Rechtsinstituts Anwendung finden, welches im Einzelfalle gewählt ist. Daraus folgt, dass der Umstand allein, dass jemand auf Umwegen einen materiellen Erfolg zu erzielen strebt, der dem »Geschäft selbst oder seinen Rechtsfolgen nicht homogen«[92] ist, nicht genügt, um

[90]) Linckelmann in Arch. f. bürg. Recht Bd. 7 S. 219; Leist a. a. O. S. 88. 89; Hellwig in Arch. f. civil. Prax. Bd. 64 S. 371.

[91]) So Enneccerus -- Lehmann a. a. O. Bd. I S. 243; Matthiass a. a. O. Bd. I S. 227; Endemann a. a. O. Bd. I S. 40; Rehbein a. a. O. Bd. I S. 128; Planck a. a. O. Bd. I S. 186.

[92]) Kohler in Jherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 16 S. 141.

[93]) RGE. in Jur. Wochenschr. Jahrg. 1900. No. 23 S. 55.

ein agere in fraudem legis als vorliegend zu erachten. Wohl aber giebt es Gesetzesvorschriften, welche aus »sittlichen oder wirtschaftlichen Gründen, wegen socialer Gefahren und in ähnlichen Fällen«[93] die Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges in einer bestimmten Rechtsform ausschliessen. Ob hier eine Gesetzesumgehung vorliegt, wenn jemand auf Umwegen denselben materiellen Zweck verfolgt, der ihm auf dem normalen und direkten Wege versagt ist, kommt auf den Sinn des betreffenden Gesetzes an.

Es ist sehr wohl denkbar, dass ein Gesetz zwar einen gewissen Erfolg missbilligt, gleichwohl aber nur den zur Erreichung desselben regelmässig bestimmten Weg, gerade die von ihm bezeichnete juristische Form und nur diese verlegen will, m. a. W. dass das Gesetz die Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges in bestimmter Weise, den Erfolg selbst aber nicht verhindern will. Diesfalls ist es den Parteien unbenommen, denselben wirtschaftlichen Erfolg in jeder beliebigen anderen von dem Verbote nicht betroffenen Form zu verwirklichen, und es kann von einem agere in fraudem legis überall keine Rede sein. Beispiele für derartige Verbotsgesetze beschränkten Inhalts bieten uns sowohl die Quellen als auch das BGB. In ersterer Beziehung sei nur an die von Justinian für Schenkungen aufgestellte Formvorschrift erinnert, welche die Gültigkeit von Schenkungen über 500 solidi von einer gerichtlichen Insinuation abhängig machte, nach welcher es aber doch gestattet war, Schenkungen, welche diesen Betrag zwar gleichfalls überstiegen, aber zu verschiedenen

Zeiten vorgenommen wurden, auch ohne Insinuation gültig zu vollziehen;[94] und für das BGB. sei der von Leist[95] erwähnte Fall herangezogen, dass bei der allgemeinen Gütergemeinschaft der Ehemann zur Verfügung (Veräusserung oder Belastung) über ein zu dem Gesamtgute gehörendes Grundstück der Einwilligung der Frau bedarf (BGB. § 1445), während es ihm unverwehrt ist, dasselbe Resultat ohne Einwilligung der Frau dadurch zu erreichen, dass er ein Darlehn aufnimmt und der Gläubiger — möglicherweise im Einverständnisse mit dem Manne — wegen seiner Forderung ein derartiges Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung zur Versteigerung bringt oder mit einer Sicherungshypothek belastet (BGB. § 1459).[96]

Doch braucht das Verbotsgesetz nicht dabei stehen zu bleiben, dass es lediglich eine bestimmte juristische Form, die Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges lediglich in einer bestimmten Weise verbietet; es kann vielmehr auch den Sinn haben, dass der gemissbilligte wirtschaftliche Erfolg schlechthin ausgeschlossen sein soll. Wenn auch in diesem Falle das Gesetz gleichwohl nur den zu diesem Erfolge regelmässig benutzten Weg verlegt, so liegt der Grund dafür darin, dass es glaubt, mit der Versperrung dieses einen

---

[94]) Ein weiteres Beispiel findet sich bei der lex commissoria, welche die Abrede verbot, dass die Pfandsache bei nicht rechtzeitiger Zahlung dem Gläubiger verfallen solle, den bedingten Verkauf der Pfandsache aber zum Schätzungswerte gestattete.

[95]) a. a. O. S. 89.

[96]) vgl. hierzu Motive z. BGB. Bd. IV S. 353.

Weges den Parteien alle Mögiichkeiten zu den bewussten Ziele zu gelangen, genommen zu haben, oder auch dass es mitunter überhaupt nicht in der Lage ist, seine Vorschrift so weit und so genau zu fassen, dass es alle Wege trifft, welche der Verkehr ausfindig machen kann. Hier ist die Möglichkeit der Gesetzesumgehung gegeben, hier besteht die Gefahr, »dass die Parteien den Rechts- und den wirschaftlichen Erfolg, den sie durch das Rechtsgeschäft, gegen das das Gesetz sich richtet, erreichen wollen, auf einem Umwege dadurch zu erreichen suchen, dass sie ein verwandtes Geschäft an Stelle des vom Gesetz bedrohten abschliessen und so die Erreichung des gesetzgeberischen Zwecks vereiteln.«[97] Hier soll der Richter nicht bei dem Buchstaben des Gesetzes stehen bleiben, er soll dasselbe vielmehr nach seinem Sinn und Geist anwenden, d. h. er soll auch solchen Rechtsgeschäften, welche zwar nicht nach dem Wortlaute, wohl aber nach dem Sinne des Gesetzes verboten sind, entgegentreten.[98]

Leist[99] will dies allerdings nur für den Fall gelten lassen, dass das Gesetz unzweifelhaft erkennen lasse, es solle die Erreichung eines gewissen Erfolges nicht blos auf dem ausdrücklich angegebenen Hauptwege, sondern auch auf jedem Umweg ausgeschlossen sein, und meint, dass, wenn sich dies nicht ermitteln lasse, weil der Gesetzgeber an einen bestimmten Umweg überhaupt nicht gedacht habe, und wenn man dann gleichwohl dem Richter dieselbe Freiheit einräume, man diesen dadurch zum »Gesetzgeber« mache. Demgegen-

[97]) RGE. in Jur. Wochenschr. Jahrg. 1900 S. 55.
[98]) vgl. Bähr, Urteile des Reichsgerichts S. 57 ff.
[99]) a. a. O. S. 88 ff.
[100]) RGE. in Jur. Wochenschr. Jahrg. 1900 S. 55.

über ist jedoch mit dem Reichsgericht zu betonen, dass hierin nicht »die Verbesserung eines mangelhaften Gesetzes durch den Richter«, sondern, »die dem wahren Willen des Gesetzes nach seinem Grunde und Zweck entsprechende Anwendung des Gesetzes« enthalten sei, zu der der Richter an erster Stelle berufen sei.[100]

Es ist demnach die Frage, ob im Einzelfalle ein fiduciarisches Rechtsgeschäft eine Gesetzesumgehung und mithin nichtig ist, nach dem Sinne, der Tendenz des Gesetzes zu entscheiden: die Frage der Gesetzesumgehung ist eine Frage der Gesetzesauslegung.

§ 4.

Die fiduciarische Eigentumsübertragung an Mobilien zum Zwecke der Sicherheit und die fiduciarische Cession insbesondere.

Die im Rechtsverkehr gewöhnlichste Form des fiduciarischen Rechtsgeschäfts ist die fiduciarische Eigentumsübertragung an Mobilien zum Zwecke der Sicherung einer Geldforderung.

Bekanntlich hat das BGB. den schon vor seinem Inkrafttreten für das ganze Gebiet des deutschen Reiches in Geltung gewesenen Grundsatz, dass pfandrechtliche Sicherheit an beweglichen Sachen nur in der Form des Faustpfandes erworben werden könne, in seinem § 1205[101] übernommen. Demgegenüber hat sich die Praxis, welche es als grossen Übelstand empfindet, dass ein Schuldner seinem Gläubiger an seinen Mobilien nur

[101]) vgl. auch § 1253 BGB.

unter gleichzeitiger Aufgabe ihres Besitzes und mithin ihrer Benutzung dingliche Sicherheit solle bestellen können, schon von jeher als ein Ersatzmittel des Pfandrechts, welches neben der einen Seite des Pfandrechts, der dinglichen Sicherung des Gläubigers, dem Schuldner auch die Innehabung der Sachen nicht entzog, die Eigentumsübertragung mittels constitutum possessorium dienstbar gemacht. Dabei bleibt man entweder bei der einfachen Eigentumsübertragung stehen und schliesst einen obligatorischen Nebenvertrag, durch den der Gläubiger verpflichtet wird, das Eigentum nach Tilgung der Schuld auf den Schuldner zurückzuübertragen, oder man verbindet mit der Eigentumsübertragung einen Kauf unter der Nebenabrede des Rückkaufs. Im einzelnen variieren übrigens die Abmachungen der Parteien; doch soll hierauf nicht näher eingegangen und nur noch bemerkt werden, dass auch hier die Eigentumsübertragung unter einer dinglich wirkenden Resolutivbedingung vorgenommen werden kann.

Diese sog. Sicherungsübereignungen bezw. Sicherungskäufe haben in der Litteratur die mannigfachsten Anfechtungen erfahren, und man hat auf sie alle gegen das fiduciarische Rechtsgeschäft überhaupt geltend gemachten Einwände in entsprechender Weise angewandt. Es kann daher in dieser Beziehung im allgemeinen auf das oben S. 48 ff. Gesagte verwiesen werden; eines näheren Eingehens jedoch bedarf das Hauptargument der Gegner, dass die fiduciarischen Sicherungsüber-

eignungen eine Umgehung des Gesetzes enthielten.[102] Die Vertreter dieser Ansicht gehen davon aus, dass ein Gesetz, welches die Bestellung eines Pfandrechts an Mobilien nur in der Form der Hingabe zum Faustpfand gestattet, ein Verbotsgesetz ist, gerichtet gegen das wirtschaftlich missbilligte Verhältnis, dass ein Gläubiger ein Vorzugsrecht erwirbt an Sachen des Schuldners, welche dieser in seinem Besitz behält, und deren Besitz ihm scheinbar eine Kreditwürdigkeit verleiht, die ihm in der That nicht zukommt.[103]

Zugegeben soll allerdings ohne weiteres werden, dass die Bestimmung des § 1205 BGB. Verbotscharakter hat; nicht richtig aber ist — und darauf kommt es ja bei der Frage der Gesetzesumgehung allein an — der Sinn, welcher der dort aufgestellten Vorschrift beigelegt wird.[104] Dass die Tendenz des Gesetzes nicht darauf gerichtet ist, zu verhüten, dass sich jemand dritten gegenüber in den Schein einer Kreditwürdigkeit setzt, die ihm in Wahrheit nicht gebührt, liegt auf der Hand. Denn hätte das Gesetz diese Absicht ver-

[102]) So Bähr a. a. O. S. 60 ff; Hellwig a. a. O. S. 379 ff; Wilutzky a. a. O. S. 710 ff; Kohler in Jherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 16 S. 151. Letzterer hat allerdings diese von ihm ursprünglich vertretene Meinung später aufgegeben (vgl. Arch. f. bürg. Recht Bd. 7 S. 234.) Etwas abweichend Leist a. a. O. S. 85 ff, dessen Ausführungen darauf hinauszukommen scheinen, dass ein agere contra legem vorliege.

[103]) So namentlich Bähr und Hellwig a. a. O.

[104]) vgl. zum folgenden Linckelmann a. a. O. S. 222 ff; Kohler ebenda S. 234; Dreyer a. a. O. S. 455; Lilienthal in Jurist. Zeit. Jahrg. 1902 S. 542 ff; Endemann a. a. O. Bd. II. S. 543; RGE. Bd. 13 S. 200 ff, Bd. 24 S. 50 ff, Bd. 26 S. 180 ff, Bd. 30 S. 275 ff.

folgt, so hätte es das constitutum possessorium überhaupt nicht zulassen dürfen. Hat es dasselbe aber einmal aufgenommen und ist dadurch die Möglichkeit gegeben, dass jemand bei einer nicht zum Zwecke der Sicherung erfolgten Eigentumsübertragung der Aussenwelt gegenüber den Schein einer Kreditwürdigkeit erregt, so ist nicht abzusehen, weshalb dies dann verboten sein sollte, wenn mit der Eigentumsübertragung der Sicherungszweck verbunden wird. Diese Annahme ist um so unberechtigter, als auch noch in manch' anderer Weise, z. B. durch Miete einer eleganten Wohnungseinrichtung, ferner bei den sog. Abzahlungsgeschäften, derselbe Schein hervorgerufen werden kann. Hieraus also lässt sich ein Argument gegen die Sicherheitsübereignungen nicht entnehmen. Dagegen ist allerdings der von den Gegnern angeführte erste Gesichtspunkt, nämlich die Frage, ob jene Vorschrift des § 1205, welche die Bestellung einer pfandrechtlichen Sicherung an beweglichen Sachen nur in der Form des Faustpfands zulässt, damit auch jede andere Sicherung an Mobilien, sofern dieselben im Besitze des Schuldners bleiben, verbietet, entscheidend. Diese Frage ist aber zu verneinen.

Dafür spricht zunächst die Entstehungsgeschichte des sog. Verbots der Mobiliarhypothek. Es ist dasselbe nämlich hervorgegangen aus jener am Ende des 18. und dem Anfange des 19. Jahrhunderts einsetzenden Bewegung gegen die durch die Ausgestaltung des römischen Pfandrechts hervorgerufen Missstände des Realkredits. Schon daraus ergiebt sich, dass man

lediglich das Pfandrecht hat regeln wollen, und dass man nicht daran gedacht hat, auch jede andere Art der Bestellung einer dinglichen Sicherheit zu treffen, eine Schlussfolgerung, die sich mit um so grösserer Sicherheit aufstellen lässt, als es bekannt war, dass die Sicherstellung von Gläubigern durch Eigentumsübertragung für das gemeine Recht, namentlich für die Gebiete der freien Hansastädte und der beiden Grossherzogtümer Mecklenburg, im Verkehr üblich und von der Rechtsprechung als gültig erachtet war.[105] Für das BGB. aber ist überdies die Übertragung eines Rechts zur Sicherheit ausdrücklich in § 223 Abs. 2 anerkannt worden, woraus in Beihalt des oben über das constitutum possessorium Ausgeführten folgt, dass die fiduciarische Sicherungsübereignung nach dem BGB. erlaubt, dass darin keineswegs eine Gesetzesumgehung zu erblicken ist.[106]

Im Anschlusse hieran mag auch noch ein Wort über die gleichfalls häufig zum Zwecke der Sicherung,

---

[105]) vgl. RGE. Bd. 13 S. 204, Bd. 24 S. 53.

[106]) Etwas anderes ist es, ob dieser Rechtszustand zu billigen ist. Diese Frage ist jedenfalls zu verneinen, weil das gewonnene Ergebnis wirtschaftlich zu erheblichen Bedenken Anlass giebt. Gleichwohl ist de lege ferenda keineswegs das Verbot der Sicherungsübereignungen zu empfehlen; man würde damit, ebenso wie es bei dem Verbot der Mobiliarhypothek der Fall war, weit über das Ziel hinausschiessen. Einen möglichen Mittelweg bietet vielmehr das englische Recht; vgl. darüber Linckelmann a. a. O. S. 229 ff; Kohler ebenda S. 235 und in Jherings Jahrb. Bd. 26 S. 61 ff.

vor allem aber zum Inkasso benutzte fiduciarische Cession[107] gesagt werden.

Stammler[108] hält eine solche nach dem BGB. nicht mehr für zulässig und stützt sich für seine Ansicht auf § 409 BGB., indem er ausführt, dass ein Gläubiger nur die Wahl habe, entweder eine gültige und wirksame Abtretung der Forderung vorzunehmen oder einen anderen als blossen Bevollmächtigten zu bestellen, und dass, wenn die Beteiligten »das Mittelding einer sogenannten fiduciarischen Cession, die an sich nach der Meinung der Vertragschliessenden nicht als eine Abtretung der Forderung voll wirksam wäre«, wählten der Schuldner »nicht verpflichtet sei, sich mit einem dritten angeblichen Forderungsberechtigten einzulassen, der weder in unbeschränkter Weise sein neuer Gläubiger geworden sei, noch auch blos als Stellvertreter des alten Gläubigers auftrete.« Er kommt zu diesem Resultate dadurch, dass die Kontrahenten nach seiner Ansicht erklären, es solle »die Abtretung nur zu einem bestimmten Zwecke geschehen, nicht aber als unbeschränkte Cession gelten«, d. h. er macht denselben

[107]) Auf das fiduciarische Vollindossament zum Inkasso wie überhaupt die fiduciarischen Rechtsgeschäfte im Wechselrecht kann nicht eingegangen werden, da diese eine Specialabhandlung erfordern und uns zuweit von der uns gestellten Aufgabe, die fiduciarischen Rechtsgeschäfte nach dem BGB. darzustellen, abführen würden; vgl über jene höchst bestrittene Materie Kohler in Jherings Jahrb. Bd. 16 S. 150. 346 ff; Regelsberger in Arch. f. civil. Prax. Bd. 63 S. 180 ff; Lang a. a. O. S. 338 ff; Dreyer a. a. O. S. 461 ff; Dungs a. a. O. S. 31 ff; Goltz a. a. O. S. 36 ff; Schultze in Goldschmidt's Zeitschr. d. Handelsr. Bd. 52 S. 353. 354.

[108]) a. a. O. § 53 S. 194 ff.

Fehler, wie diejenigen, welche das fiduciarische Geschäft stets für simuliert erklären: er trennt nicht den wirtschaftlichen Zweck von der juristischen Form, er hält nicht auseinander, dass, während in wirtschaftlicher Beziehung allerdings nur die Einkassierung etc. erstrebt wird, gleichwohl juristisch eine ernstliche Abtretung gewollt ist.[109] Auf diese Weise gewinnt er das in Wirklichkeit garnicht mögliche[110] »Mittelding« der fiduciarischen Cession und zieht, von falschen Voraussetzungen ausgehend, für dieses Schlussfolgerungen, welche nur für die simulierte Cession richtig sind.[111] Bei der — von ihm verkannten — fiduciarischen Cession aber liegt in Wahrheit eine »gültige und wirksame Abtretung der Forderung« vor, und es fällt damit seine auf falscher Grundlage beruhende Theorie der Unzulässigkeit der fiduciarischen Cession nach dem BGB.[112]

Für die fiduciarische Cession zum Zwecke der Sicherheit ist nichts Besonderes zu erwähnen; es finden entweder die für die fiduciarische Cession im allgemeinen geltenden Regeln oder, falls es sich um die Cession eines Rechtes handelt, zu dessen Übertragung die Übergabe einer Sache erforderlich ist (vergl. § 1274 S. 2 BGB.), die oben über die fiduciarische Sicherheitsübereignung gemachten Ausführungen Anwundung.

Was endlich noch die Frage, ob und welche Einreden ex persona cedentis dem Schuldner gegenüber

[109]) vgl. oben S. 48 ff.
[110]) vgl. das oben S.55. 56 Gesagte, das hier entsprechend gilt.
[111]) vergl. oben S. 33. 34.
[112]) In unserem Sinne u. a. Matthiass a. a. O. Bd. I S. 455; Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. II S. 304, sowie (für das gemeine Recht) RGE. Bd. 24 No. 30 S. 163, Bd. 25 S. 210, Bd. 37 S. 106, Bd. 39 S. 167.

dem fiduciarischen Cessionar zustehen, betrifft, so bestimmt § 404 BGB. allgemein dass dem neuen Gläubiger die Einwendungen entgegengesetzt werden können, die zur Zeit der Abtretung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren. Irgendwelche Besonderheiten gelten in dieser Beziehung für die fiduciarische Cession nicht. Vor allem können auch hier nicht (etwa wegen des wirtschaftlichen Zweckes, wegen der verschiedenen Stellung nach innen und aussen etc.) Einreden, welche nach diesem Zeitpunkte gegen den Cedenten entstehen, dem Fiduciar gegenüber geltend gemacht werden.

§ 5.

Hat der Fiduciant ein Aussonderungsrecht im Konkurse des Fiduciars?

Wie man sich schon bei der theoretischen Konstruktion des fiduciarischen Rechtsgeschäfts und der Feststellung seiner rechtlichen Folgen im allgemeinen vielfach zu sehr von wirtschaftlichen Erwägungen leiten lässt und dadurch zu falschen Resultaten gelangt,[113] so gilt das in erhöhtem Masse im Falle des Konkurses des Fiduciars, d. h. wenn der Fiduciar in Konkurs gerät, bevor er die in dem obligatorischen Nebenvertrage übernommenen Verpflichtungen erfüllt hat, und nun die Frage zu entscheiden ist, ob der Fiduciant an den fiduciarisch übertragenen Gegenständen ein Aussonderungsrecht hat, oder ob dieselben zur Konkursmasse gehören und der Fiduciant lediglich auf einen obligatorischen Anspruch beschränkt ist.

[113]) vgl. oben S. 48 ff.

Dass die Beantwortung dieser Frage von denjenigen Schriftstellern, welche das fiduciarische Rechtsgeschäft stets als simuliert und mithin nichtig betrachten, in dem ersteren Sinne geschieht, ist von ihrem Standpunkte aus nur konsequent; denn nach ihrer Ansicht sind keinerlei Rechtswirkungen eingetreten, und es ist insbesondere der Fiduciant Eigentümer der fraglichen Gegenstände geblieben. Ihnen gegenüber genügt es, auf das oben über die Unrichtigkeit ihrer Theorie Gesagte hinzuweisen.

Dagegen muss auf die Argumentationen derjenigen, welche die Gültigkeit des fiduciarischen Rechtsgeschäfts an sich anerkennen, welche aber gleichwohl dem Fiduzianten ein Aussonderungsrecht zugestehen, weil sie entweder die dinglichen Wirkungen nach innen und aussen unterscheiden oder sonstwie ein mangelhaftes oder geteiltes Eigentum annehmen, näher eingegangen werden. Doch sei vorausgeschickt, dass, da hier dieselben Streitfragen wiederkehren, wie wir sie schon untersucht haben, auch hier, um Wiederholungen zu vermeiden, im allgemeinen auf das schon Ausgeführte Bezug genommen wird und eine specielle Erörterung nur insoweit stattfinden soll, als inbezug auf die Frage der Aussonderung etwas Besonderes gilt oder noch nicht berührte Ansichten zu erwähnen sind.

Für die Zulässigkeit des Aussonderungsrechts beruft man sich vor allem auch auf die Kommissionsprotokolle zur Wechselordnung,[114] aus denen allerdings

[114]) Insbesondere S. 172, wo die Ansicht der Kommissionsmitglieder zu Protokoll konstatiert wurde.

hervorgeht, dass nach Ansicht der Kommissionsmitglieder der fiduciarische Indossant, welcher ein Vollindossament zu Inkassozwecken ausgestellt habe, unzweifelhaft befugt sei, den Wechsel aus der Konkursmasse des Fiduciars zu vindicieren. Allein dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass die Ansicht der Kommission im Gesetz keinen Ausdruck gefunden hat; letzteres hat vielmehr für die Aussonderungsrechte im allgemeinen die bezüglichen civilrechtlichen Bestimmungen herangezogen und hat unter die neu geschaffenen den Anspruch des fiduciarischen Indossanten nicht aufgenommen. Darnach ist mit der »Konstatierung« der Kommission nichts gewonnen als »ein Zeugnis über das, was als Recht gefühlt und für solches angesehen ist. Gesetzesrecht lässt sich daraus nicht entnehmen.«[115] Weiter aber ist hervorzuheben, dass man in der Kommission von der falschen Ansicht ausging, es gehe durch ein derartiges Indossament kein Eigentum über, dass also die Schlussfolgerung der Kommission auf falschen Voraussetzungen beruht.[116] — Dass bei dieser Sachlage die Analogie, welche man aus dem Wechselrecht für das fiduciarische Rechtsgeschäft im allgemeinen hat herleiten wollen, um so weniger zu halten ist, bedarf nur der Erwähnung.

Ganz eigenartig ist die Begründung Kohlers.[117] Letzterer lässt zwar den Indossatar »wahren und vollen

[115]) Dungs a. a. O. S. 12.

[116]) vgl. hierzu Kohler in Jherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 16 S. 351 ff; Regelsberger in Arch. f. civil. Prax. Bd. 63 S. 187. 188; Lang a. a. O. S. 345. 346.

[117]) Jherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 16 S. 346 ff.

Gläubiger« werden, giebt aber dem Fiducianten eine rei vindicatio utilis und stützt diese darauf, dass auch »eine unbestreitbare rechtliche Wirkung sich vor höheren Principien beugen muss, wenn sie zu Operationen benutzt werden soll, welche das Recht missbilligt.« Einen solchen Fall aber hält er hier für vorliegend, weil sonst der Indossant einen ungerechtfertigten Verlust erleiden und die Gläubiger des Indossatars einen ungerechtfertigten Gewinn erzielen würden. Dagegen wenden sich jedoch mit Recht Regelsberger,[118] Lang[119] und Leist;[120] insbesondere letzterer führt schlagend aus, dass der Vorschlag Kohlers »kaum auf etwas anderes hinauslaufe, als auf die Unterscheidung zwischen Eigentum und Legitimation als Eigentümer.« Aber auch der zweite von Kohler angeführte Gesichtspunkt der Analogie aus § 392 Abs. 2 des Handelsgesetzbuches[121] trifft nicht zu. Denn, wie schon einmal bemerkt, ist es nicht angängig, singuläre Gesetze analog anzuwenden; auch sind, wie Lang[122] des Näheren ausführt, die in Frage kommenden Rechtsverhältnisse bei eingehender Betrachtung doch ziemlich verschieden.

Was die Stellung des Reichsgerichts anlangt, so hat dasselbe in seinen letzten Entscheidungen[123] gleich-

[118]) Arch. f. civil. Prax. Bd. 63 S. 188.
[119]) a. a. O. S. 344.
[120]) a. a. O. S. 83.
[121]) Auch Seuff. Arch. Bd. 46 No. 91 operiert mit dieser Analogie, kommt aber schliesslich zu dem Resultat, „dass „der Wille der Kontrahenten garnicht auf eine wirkliche Übertragung der Ausstände gerichtet gewesen sei," und hält darnach kein fiduciarisches, sondern ein simuliertes bezw. dissimuliertes Rechtsgeschäft für vorliegend.
[122]) a. a. O. S. 348. 349.
[123]) RGE. Bd. 45 No. 18; Seuff. Arch. Bd. 55 No. 191.

falls ein Aussonderungsrecht des Fiducianten angenommen und seine Ansicht damit begründet, dass »nach § 43 der Konkursordnung das formale Eigentums- oder sonstige Recht des Gemeinschuldners nicht das Entscheidende sei«, und dass »ein Gegenstand, der dem Gemeinschuldner zwar zum Eigentum übergeben worden sei, jedoch mit der Abmachung, dass derselbe gleichwohl von ihm nicht wie sein Eigentum behandelt werden dürfe, sondern wirtschaftlich ein Vermögensbestandteil des früheren Eigentümers bleiben solle, dem Gemeinschuldner zwar formell und juristisch, aber nicht materiell und wirtschaftlich gehöre.«[124] Hiergegen wendet sich in treffender Weise Goltz[125] und führt aus, dass ebenso ungerechtfertigt, wie die Gleichstellung der Begriffe juristisch mit formell und wirtschaftlich mit materiell, sowie die Gegenüberstellung dieser Begriffe sei, ebenso unhaltbar der daraus gezogene Schluss sei. Es haben eben »logischer Weise für die juristische Beurteilung juristische Begriffe zu gelten«, und es ist durch keine Begründung möglich, den Nachweis zu führen, dass ein Gegenstand, der im Eigentum des Gemeinschuldners steht, diesem nicht »gehört.«[126]

Dagegen ist es richtig, wenn Schultze[127] von seinem Standtpunkte der resolutiv bedingten Übertragung aus zu dem Resultate gelangt, dass dem Fiducianten ein Aussonderungsrecht zusteht. Es ist ihm beizustimmen,

[124]) RGE. Bd. 45 S. 85.

[125]) a. a. O. S. 89.

[126]) vgl. auch noch Schultze in Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 52 S. 354; Lilienthal a. a. O. S. 545.

[127]) Jherings Jahrb. Bd. 43 S. 23. 56.

wenn er sagt, dass die Konkurseröffnung noch nicht eine den Eintritt der auflösenden Bedingung herbeiführende Zweckverletzung darstelle, dass eine solche vielmehr erst dann vorliege, wenn das Gut durch Einbeziehung in die Konkursmasse dem Treuhandzweck entfremdet werde. Wienstein[128] wendet dagegen ein, dass Schultze mit einem rechtlich nicht vorhandenen Momente rechne; denn nach § 1 der Konkursordnung entscheide sich zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens nicht durch Handlungen, sondern allein nach Massgabe der gesetzlichen Vorschriften, was in die Masse falle. Er verkennt dabei aber, dass die einzelnen Vermögensstücke, mit denjenigen dinglichen Beschränkungen, welche an ihnen zur Zeit der Konkurseröffnung bestehen, in die Konkursmasse fallen,[129] dass nach § 161 Abs. 2 in Verbindung mit § 161 Abs. 1, S. 2 BGB. eine Verfügung des Konkursverwalters einer solchen des Gemeinschuldners vor der Konkurseröffnung gleichgestellt ist, und dass der durch den Eintritt der dem fiduciarischen Rechtsgeschäfte beigefügten auflösenden Bedingung herbeigeführte Eigentumsrückfall nicht unter die Norm des § 26 der Konkursordnung fällt, da diese nur für den Fall gilt, dass »das auflösende Ereignis ein Ausbleiben der Gegenleistung des Gemeinschuldners ist oder eine Aufhebung des Rechtsverhältnisses, in dem der Gemeinschuldner steht, und dieses Ausbleiben, diese Aufhebung eine Folge der

[128]) Gruchots Beiträge Bd. 46 S. 251.
[129]) Jurist. Wochenschr. Jahrg. 1896 S. 174 No. 22.

Konkurseröffnung selbst ist.«[130] Es ist also das Ergebnis Schultze's an sich richtig; nur ist immer wieder hervorzuheben, dass nach der praktischen Ausgestaltung, welche das fiduciarische Rechtsgeschäft erfahren hat, nur sehr selten die Vereinbarungen der Parteien die Auslegung einer an eine Resolutivbedingung geknüpften Übertragung zulassen werden.

Das Resultat, zu welchem wir gelangen, ist demnach, dass — abgesehen von dem zuletzt erörterten Fall — dem Fiducianten ein Aussonderungsrecht im Konkurse des Fiduciars nicht zusteht, dass er vielmehr lediglich einen obligatorischen Anspruch hat.[131]

Dabei verkennen wir natürlich nicht, dass, wie auch von allen Vertretern dieser Ansicht zugegeben wird, sich hierdurch vielfach grosse Härten ergeben. Wir meinen aber, dass eine Abhülfe dieser Missstände nur durch eine Änderung unserer Gesetzgebung mög-

---

[130]) Schultze in Jherings Jahrb. Bd. 43 S. 23.

[131]) Aus dem Gesagten ergiebt sich umgekehrt, dass, falls der Fiduciant in Konkurs gerät und der dem Fiduciar übereignete Gegenstand sich noch in der Konkursmasse befindet (z. B. bei Eigentumsübertragung durch constitutum possessorium), der Fiduciar ein Aussonderungsrecht hat. Allerdings finden, falls es sich bei dem fiduciarischen Rechtsgeschäft um die Sicherung etc. einer Schuld des Fiduciarten handelte, auf einen solchen an sich aussonderungsberechtigten Fiduciar aus konkursrechtlichen Grundsätzen dieselben Vorschriften Anwendung, welche für einen absonderungsberechtigten Gläubiger gelten. (RGE. Bd. 24 S. 45 ff.)

lich ist;[132] solange eine solche nicht erfolgt ist, sind die bestehenden Gesetze nach ihrem wirklichen Sinn auszulegen ohne Rücksicht darauf, ob dieser Sinn der »materiellen Gerechtigkeit«[133] entspricht. Es würde andernfalls nicht eine Gesetzesauslegung vorliegen, sondern ein Hinwegsetzen über das Gesetz.

---

[132]) vgl. dazu Anm. 106 a. E.
[133]) RGE. B. 45 S. 84.